20M
20M

Commission des droits
de la personne
du Québec

Commission permanente
de la Justice

sur le
Projet de loi no 106 : Loi portant réforme
au Code civil du Québec du droit des personnes

Mémoire

de la
Commission des droits
de la personne
du Québec

BIBLIOTHÈQUE
2 C MAI 1993
LÉGISLATURE QUÉBEC

Commission des droits
de la personne
du Québec

Commission permanente
de la Justice

sur le
Projet de loi no 106: Loi portant réforme
au Code civil du Québec du droit des personnes

Mémoire

de la
Commission des droits
de la personne
du Québec

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

1. LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ 4

1.1 De l'exercice des droits civils 4

1.2 De l'intégrité de la personne 5

1.2.1 La notion de consentement 5

1.2.2 Le droit au secours 8

1.2.3 La personne non douée de discernement 9

1.2.3.1 Les personnes "non douées de discernement" et incapables d'exprimer leur volonté 10

1.2.3.2 Les personnes jugées "non douées de discernement" mais qui sont capables d'exprimer leur volonté 10

1.2.3.3 Le consentement du majeur donné par son tuteur 11

1.2.3.4 Le consentement donné par le conjoint ou un proche parent 12

1.2.3.5 L'autorisation du tribunal 14

1.2.3.6 La stérilisation des personnes non douées de discernement 14

1.2.3.7 L'expérimentation 16

1.2.3.8 L'obligation de subir un examen psychiatrique 16

1.3 Du respect des droits de l'enfant 19

1.4 Du respect de la réputation et de la vie privée 19

2. DE LA MINORITÉ 22

3. DES RÉGIMES DE PROTECTION DU MAJEUR 22

3.1 Le sujet du régime de protection 24

3.2 La garde de la personne 25

3.2.1 Qui a la garde 25

3.2.2 Le risque de conflit d'intérêts 26

3.3 Le droit à l'information 27

3.4 Les droits des personnes traitées dans un établissement et qui ne sont pas soumises à un régime de protection.. 27

3.4.1 Droit à la vie privée 28

3.4.2 Droit aux règles de justice naturelle et mesures extraordinaires 28

3.4.3 Droit à l'avocat 29

3.4.4 Présomption de capacité 29

3.4.5 Révision de la décision 29

3.4.6 Importance de distinguer entre protection de la personne et des biens 30

3.4.7 Administration du produit de son travail 30

RECOMMANDATIONS 31

CONCLUSION GÉNÉRALE 36

A N N E X E S

ANNEXE A — La stérilisation des déficients mentaux, 19 décembre 1977.

ANNEXE B — Commentaires de la Commission des droits de la personne du Québec sur la Loi de la protection du malade mental.

ANNEXE C — Office de révision du Code civil. Comité spécial de l'enregistrement. Agences d'information - Document de travail pour la préparation d'amendements à la Loi de la protection du consommateur.

ANNEXE D — Model guardianship and conservatorship bill, Mental Disability Law Reporter, July-August 1979.

ANNEXE E — Clark v. Clark, County Court of Lanark, 25 nov. 1982.

Le Projet de loi 106 qui porte réforme au Code civil du droit des personnes revêt une importance considérable pour l'organisme chargé au Québec de promouvoir les droits et libertés de la personne.

La simple lecture du projet nous fait voir qu'il propose une amélioration considérable du droit des personnes par rapport au Code civil actuel. Citons pour exemple la disparition du classement des personnes pouvant faire l'objet d'une interdiction qui sont décrites dans l'article 325 du Code civil comme étant "dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou fureur". D'une façon plus positive, il faut souligner la reconnaissance, même mitigée, du principe de l'autonomie de la personne, celle de la théorie de l'abus de droit et celle du droit d'accès à tout dossier personnel.

Un des grands mérites du projet est de réunir les dispositions qui se trouvaient éparses dans diverses lois statutaires, comme la Loi sur la protection du malade mental, la Loi sur le changement de nom, la Loi sur la curatelle publique. Nous croyons que le droit des personnes s'en trouvera simplifié et unifié et que les principes de fond devant guider les juges dans l'application de ces diverses dispositions pourront se dégager avec plus de clarté. Il sera plus facile aux personnes dont les droits sont en cause d'être informées sur les règles de droit qui leur sont applicables.

La rédaction d'un projet de loi aussi important représente une tâche considérable. L'Office de révision du Code civil avait, en 1977, déposé un rapport proposant, entre autres, un projet de livre des personnes. Mais le Projet de loi 106 a été encore plus ambitieux en couvrant des domaines qui n'avaient pas été abordés dans le Rapport de l'Office de révision et qui font l'objet au Québec et ailleurs de vives controverses. Tels sont les droits des malades mentaux par rapport à la protection à laquelle ils ont droit, les problèmes du consentement au traitement et à l'expérimentation médicale, le problème de la stérilisation des personnes qu'on juge incapables de donner un consentement éclairé.

Il faut savoir gré aux rédacteurs du projet de loi 106 d'avoir eu le courage de ne pas éluder ces questions et de proposer des règles de conduite pour ceux qui doivent y faire face.

La difficulté même de ces questions provoquera de notre part deux remarques préliminaires. Premièrement, l'ampleur des problèmes soulevés fait ressortir le peu de temps que nous avons pu consacrer à leur étude. La réflexion que nous proposons pourrait être plus approfondie, étant

donné l'importance des débats qui ont eu lieu depuis quelques années et le nombre de publications disponibles. Toutefois, cette intervention de la Commission fait suite aux prises de position qu'elle a déjà publiées notamment sur la stérilisation des déficients mentaux et sur la réforme de la Loi sur la protection du malade mental.

La deuxième remarque préliminaire veut faire ressortir que la base de réflexion de la Commission se trouve dans la Charte des droits et libertés de la personne elle-même dont les dispositions les plus pertinentes sont les suivantes:

Article 1: Tout être humain a droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité (physique)(1) et à la liberté de sa personne.

Il possède également la personnalité juridique.

Article 2: Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.

Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable.

Article 6: Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

Article 10: Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'orientation sexuelle, l'état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale ou le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap.

---

(1) Selon la modification non encore en vigueur apportée à la Charte par le Projet de loi no 86, le droit à l'intégrité est reconnu.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

Article 23: Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

Le tribunal peut toutefois ordonner le huis-clos dans l'intérêt de la morale ou de l'ordre public.

En outre, lorsqu'elles concernent des procédures en matière familiale, les audiences en première instance se tiennent à huis clos, à moins que le tribunal, à la demande d'une personne et s'il l'estime utile dans l'intérêt de la justice, n'en décide autrement.

Article 34: Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal.

Article 48: Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre toute forme d'exploitation.

Toute personne a aussi droit à la protection et à la sécurité que doivent lui apporter sa famille ou les personnes qui en tiennent lieu.

1- LES DROITS DE LA PERSONNALITÉ

1.1 De l'exercice des droits civils

Nous ne pouvons que nous réjouir de voir consacrée dans le Code civil du Québec la notion de l'abus de droit.

Nous sommes toutefois d'avis que la formule utilisée risque de minimiser en pratique tous les bienfaits que la reconnaissance de cette notion peut apporter dans les relations de droit privé.

Dans l'introduction du Livre des Personnes du rapport de l'Office de révision du Code civil on présentait ainsi la réforme proposée:

> "Le chapitre sur l'exercice des droits consacre des règles fondamentales:... il codifie la théorie de l'abus des droits, en vertu de laquelle on ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec le profit recherché."

C'est pourquoi l'Office proposait la formulation suivante de la règle:

> "Nul ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec l'avantage qu'il peut en tirer."

L'élément de proportionnalité nous semble très important dans l'appréciation de l'abus d'un droit et nous croyons que ce critère devrait demeurer.

La règle proposée par le projet de loi 106 est la suivante:

> "On ne peut exercer un droit avec l'intention de nuire à autrui ni de manière à lui causer un préjudice en l'absence d'un intérêt sérieux et légitime".

Il y a dans cette règle un danger de glissement vers la négation pratique de la théorie. En effet, la justification, très subjective, d'un intérêt sérieux et légitime est trop facile à faire.

Autrement dit, pour qu'on puisse vraiment parler d'implantation de la théorie de l'abus de droit, il faut laisser au juge un critère d'appréciation objectif. La notion "d'intérêt sérieux et légitime" nous paraît trop floue et trop subjective pour permettre dans la plupart des cas la rectification des abus.

Nous recommandons que la formule proposée par l'Office de révision du Code civil soit retenue.

1.2 De l'intégrité de la personne

Le principe de l'inviolabilité de la personne existe déjà en droit civil québécois (art. 18 C.C.) et le droit à l'intégrité est consacré comme droit fondamental par la Charte des droits et libertés de la personne.

Le mérite du chapitre troisième du Projet est de tenter d'élaborer des règles permettant la mise en oeuvre du principe dans des situations précises. Déjà le Code civil et le rapport de l'ORCC traitaient certaines de ces questions, comme le consentement aux aliénations entre vifs de parties du corps humain et aux expérimentations non thérapeutiques. Outre ces questions, le Projet aborde la question plus générale du consentement libre et éclairé à toute atteinte à l'intégrité de la personne de même que la question très délicate et controversée du consentement substitué quand une personne n'est pas douée de discernement ou n'est pas capable d'exprimer sa volonté. Le Projet propose les critères qui doivent prévaloir dans le cas où l'on veut garder contre son gré dans un établissement une personne jugée dangereuse pour elle-même ou pour les autres.

Il s'agit de droit nouveau dans le Code civil québécois. Nous regrettons de ne pas avoir pu consacrer à ces questions tout le temps qu'elles méritent, étant donné la doctrine imposante en droit civil français et québécois et les recherches effectuées par les médecins, philosophes, scientifiques et juristes de nombreux pays. Soulignons particulièrement les travaux de la Commission de réforme du droit qui sont précieux et indispensables pour comprendre les enjeux de ces questions.

1.2.1 La notion de consentement

L'article 11 du Projet pose le principe suivant:

> "La personne est inviolable et a droit à son intégrité.
>
> Il ne peut lui être porté atteinte sans son consentement libre et éclairé donné suivant la loi ou sans que celle-ci ne l'autorise".

Et l'article 12 ajoute:

> "On ne peut soumettre une personne à un examen, à un traitement ou à une intervention exigés par son état de santé, physique ou mental, ni la garder dans un établissement de santé sans son consentement.
>
> Nul consentement n'est requis en cas d'urgence, lorsque la vie de la personne est en danger; il en est de même lorsque son intégrité physique est en danger et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile".

L'article 12, tel que rédigé, a pour effet d'empêcher toute personne (même majeure et douée de discernement) de refuser son consentement à un examen, une intervention ou un traitement en cas d'urgence, lorsque sa vie est en danger.

C'est là prendre position dans une controverse qui divise les juristes et qui a des répercussions sur les droits fondamentaux des personnes concernées, que ce soit la liberté de religion ou de conscience (l'on songe aux témoins de Jéhovah) ou de la liberté de sa personne indépendamment des considérations d'ordre religieux.

Selon certains auteurs:

> "Une personne majeure peut, en connaissance de cause, refuser pour elle un traitement même si cela peut entraîner la mort" (1).

Par contre, d'autres auteurs croient que le respect de la personne par la protection qu'on lui apporte doit prendre le pas sur le respect de l'autonomie de la personne.

---

(1) P. Crépeau, "Le consentement du mineur en matière de soins et traitements médicaux ou chirurgicaux selon le droit canadien", (1974) 52 Can. Bar. Rev. 247, 251, note 10.

L'on connaît aussi l'obiter du juge Owen dans Hôpital Notre-Dame v. Villemure. (1970) C.A. 538.

> "People are killing themselves at various rates by excesses in eating, consumption of alcohol, use of tobacco, use of drugs, by violent acts of immediate self-destruction, and in other ways. From a legal point of view, it may be asked whether any person has the legal obligation, or even the right, to prevent another person from shortening or terminating his own life". Jugement infirmé pour d'autres motifs, par la Cour suprême. Voir aussi R. et J. Savatier, J.M. Auby et H. Péquinot, Traité de droit médical, 1956, no 247, p. 223.

Cette façon de voir est illustrée par les propos de l'honorable Juge Mayrand: (1)

> "C'est précisément dans le principe de l'inviolabilité de la personne que l'on puise la justification d'une intervention imposée. L'inviolabilité de la personne a pour but sa protection, or, les droits doivent être exercés dans le sens de leur finalité. Ce serait fausser le droit à l'intégrité corporelle d'un malade que de lui permettre de l'invoquer pour faire échec à ce qui peut conserver sa vie et, par la même, son intégrité essentielle.
>
> La règle de la raison proportionnée doit toujours s'appliquer. La volonté du malade est une valeur qu'il faut respecter; on ne peut la mettre de côté que pour atteindre un avantage supérieur".

Avec tout le respect pour les tenants de l'opinion voulant à tout prix sauver la vie de quelqu'un qui refuse de donner son consentement à un traitement ou à une intervention, nous croyons que le respect de la liberté de la personne, qui implique souvent le respect de sa liberté de religion et de conscience doit primer sur le respect inconditionnel de la vie. On peut donner pour exemple celui d'un témoin de Jéhovah refusant une transfusion de sang mais aussi celui d'un malade atteint d'un cancer et qui refuse le traitement d'urgence qu'on lui propose, traitement qui prolongerait sa vie mais aussi, à son avis, ses souffrances.

Nous croyons avec Dierkens que: (2)

> "L'homme est surtout et primordialement un être libre qui honore certaines valeurs. En se mettant au service de celles-ci, il peut parfois y subordonner son intégrité physique et même sa vie".

---

(1) A. Mayrand, L'inviolabilité de la personne humaine, Wilson et Lafleur, 1975, p. 48 no 40.

(2) Dierkens, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Paris, Masson et Cie, 1976, p. 42, no 49. L'auteur ajoute qu'on ne peut pas déroger au droit de "pourvoir librement et souverainement à sa propre destinée". Cité dans A. Bernadot et R. Kouri, La responsabilité civile médicale, Les Editions Revue de Droit, Université de Sherbrooke, 1980, p. 134, no 202. Les auteurs expriment leur appui pour cette théorie.

Dans leur ouvrage sur la responsabilité médicale (1), Bernardot et Kouri expriment l'avis que dans l'état actuel du droit québécois, si un malade dont la vie est en danger est capable de donner un consentement libre et éclairé, on est tenu de respecter sa volonté (2).

Nous croyons donc que le libellé de l'article 12 du Projet devrait être modifié:

> "En cas d'urgence, nul consentement n'est requis lorsque la vie de la personne ou son intégrité physique est en danger et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile".

1.2.2. Le droit au secours

Dire qu'une personne a le droit d'exercer sa liberté et de manifester son autonomie en refusant son consentement à un traitement, un examen ou une intervention ne signifie nullement que le médecin doive laisser tomber le malade qui manifeste ainsi sa volonté.

En effet, l'article 2 de la Charte reconnaît à toute personne le droit au secours, ce qui suppose de la part d'une autre personne une obligation d'agir. L'article 2 de la Charte se lit ainsi:

> "Tout être humain dont la vie est en péril a droit au secours.
>
> Toute personne doit porter secours à celui dont la vie est en péril, personnellement ou en obtenant du secours, en lui apportant l'aide physique nécessaire et immédiate, à moins d'un risque pour elle ou pour les tiers ou d'un autre motif raisonnable".

---

(1) Ibid, p. 138, note 4.

(2) Dans une publication récente, le professeur J.L. Baudouin souligne que la pratique hospitalière, à Montréal, à l'heure actuelle, au sujet des transfusions sanguines, par exemple, est de respecter l'opposition clairement formulée. "L'expérimentation sur les humains: un conflit de valeurs" in Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, Bruylant, Bruxelles, 1982, 171, à la p. 200, note 77.

L'article 2.03.47 du Code de déontologie médicale prévoit:

> "Lorsqu'un médecin a raison de croire qu'un patient présente une condition susceptible d'entraîner des conséquences graves, à moins d'attention médicale immédiate, il doit lui porter secours et lui fournir les soins les meilleurs".

Si, par exemple, une personne dont la vie est en danger et qui est capable de donner son consentement libre et éclairé, refuse un traitement qui s'imposerait d'urgence, le médecin doit, en vertu de l'article 2 de la Charte et du Code de déontologie, informer le patient des conséquences de sa décision, et peut-être même essayer de le persuader de la reconsidérer.

Toutefois, le droit au secours reconnu à l'art. 2 de la Charte ne signifie nullement qu'il en découle une obligation d'être secouru. C'est pourquoi, en cas de refus, le médecin doit respecter la volonté du malade, conformément à l'art. 1 de la Charte et cela n'est pas une contradiction avec l'art. 2 de celle-ci.

1.2.3 La personne non douée de discernement

Après avoir affirmé la nécessité du consentement libre et éclairé, le Projet fait exception à cette règle en ce qui concerne les personnes "non douées de discernement".

L'article 14 précise:

> "Le consentement du majeur non doué de discernement est donné par son tuteur ou curateur; s'il n'est pas ainsi représenté, il est donné par son conjoint ou, à défaut de conjoint ou en cas d'empêchement de celui-ci, par un proche parent."

La difficulté de taille que causera cette règle est qu'elle ne donne aucun critère pouvant aider à décider si une personne est ou non douée de discernement. Et pourtant, si le majeur "non doué de discernement" n'est pas représenté, le conjoint ou un parent peut substituer son consentement à celui de la personne dont le consentement serait normalement requis.

L'on devine déjà à quels abus une telle disposition risque de mener si ce sont les conjoints ou les proches parents qui devront décider du degré de discernement d'une personne qui refuse un traitement. Les rédacteurs du Projet ont-ils pensé avant tout aux mourants ou aux personnes dans le coma ou sous le coup d'un choc ? A côté de ces malades qui, à

cause de leur condition physique, sont privés de discernement, il y a des personnes déficientes mentalement qui peuvent éprouver des difficultés à prendre des décisions éclairées, et il y a, parmi les personnes souffrant de troubles mentaux, certaines d'entre elles qui peuvent être jugées non douées de discernement.

Les problèmes seront différents selon les difficultés éprouvées par ces personnes, selon la capacité de la personne à prendre une décision éclairée, selon, finalement, son degré de discernement. Or, le Projet ne fait pas ces distinctions et il semble présumer qu'une personne peut être douée ou non de discernement quel que soit l'objet sur lequel ce jugement doit s'exercer.

1.2.3.1 Les personnes "non douées de discernement" et incapables d'exprimer leur volonté par rapport à un traitement, un examen ou une intervention

Par rapport aux personnes non douées de discernement et qui sont incapables de communiquer leur volonté de consentir ou de refuser un traitement, un examen ou une intervention, l'art. 14 du Projet ne pose aucun problème.

Il faut en effet prévoir que quelqu'un puisse donner un consentement substitué, et la solution proposée nous semble la bonne.

1.2.3.2 Les personnes jugées "non douées de discernement" mais qui sont capables d'exprimer leur volonté

Critères d'appréciation

Selon quels critères va-t-on juger qu'une personne est apte à consentir à un traitement ou à le refuser, qu'il s'agisse d'interventions chirurgicales, d'administration d'électrochocs ou encore de l'absorption de médicaments? Comme nous l'avons souligné précédemment, le Projet ne permet pas de juger du degré de compréhension exigé du malade. Doit-il comprendre simplement de quel genre d'intervention ou de traitement il s'agit ? Doit-il comprendre toutes les répercussions de l'intervention ou du traitement, y compris les effets secondaires et les risques ?

L'expression "non doué de discernement" reliée au fait que le conjoint ou un parent peut alors prendre des décisions graves concernant l'intégrité de la personne nous fait craindre des risques pour les droits de certains malades.

Interprète des critères

Le Projet est muet à savoir qui va porter un jugement sur le degré de discernement. Serait-ce le médecin, le tuteur, l'époux, la famille, les amis, l'infirmier ?

On peut imaginer le cas d'une personne qui amène son conjoint à l'hôpital, croyant qu'il est malade. Elle atteste qu'il est non doué de discernement. Est-ce que l'opinion exprimée par le conjoint peut priver l'autre du droit de refuser un traitement consistant dans l'administration de drogues psychotropes ou d'électrochocs ?

Cela peut avoir des conséquences sérieuses à une époque où les solutions "alternatives" aux drogues deviennent de plus en plus répandues. En effet, si une personne éprouvant des problèmes mentaux refuse un traitement donné parce qu'elle croit que d'autres interventions moins radicales sont souhaitables, est-ce que l'on va ignorer son point de vue parce que sa famille atteste qu'elle est "non douée de discernement" ?

Le Projet n'apporte aucun éclairage sur ce genre de problème et l'on peut craindre qu'il autorise des solutions allant à l'encontre des droits des malades, solutions qui seront même anti-thérapeutiques.

A cause de ces risques pour les droits, nous sommes d'avis qu'une personne qui exprime sa volonté au sujet d'un examen, d'une intervention ou d'un traitement soit présumée, pour ces fins, "douée de discernement" à moins qu'un tribunal ait statué que cette personne n'est pas apte à consentir ou à refuser de telles mesures.

Nous recommandons, par conséquent, que l'incapacité de consentir à un examen, un traitement ou une intervention ne soit pas présumée et que la capacité de la personne de donner un consentement à ces mesures soit déterminée par un tribunal.

1.2.3.3 Le consentement du majeur donné par son tuteur

Selon l'article 14, le consentement du majeur non doué de discernement est donné par son curateur ou tuteur.

Or l'article 220 du Projet permet au juge d'accroître ou de restreindre la capacité du majeur. On peut en conclure - et cela est tout à fait conforme à la réalité - que ce n'est pas parce qu'une personne est sous tutelle qu'elle est nécessairement privée de tout discernement.

De plus, même si une personne est légalement considérée comme non douée de discernement, il se peut qu'en réalité elle soit capable de donner un consentement libre et éclairé à des atteintes possibles à son intégrité, par des traitements ou des interventions.

Cette capacité, dans la mesure où elle peut s'exercer et s'exprimer, devrait être respectée.

1.2.3.4 Le consentement donné par le conjoint ou par un proche parent

De façon générale, les conjoints et les proches parents constituent le meilleur appui pour des personnes en difficulté, particulièrement si elles sont privées de discernement.

Toutefois, dans certain cas, l'intérêt de la famille diffère de celui du malade. C'est alors qu'il y a risque d'abus de la part de la famille.

Un auteur a bien identifié ce genre de risque (1):

> "En ce qui concerne le consentement par procuration ou l'autorisation nécessaire à la pratique d'une intervention médicale sur un handicapé mental, il faut prendre soin de vérifier s'il y a concordance entre les intérêts de ce dernier et ceux des parents ou du curateur. On peut raisonnablement s'attendre à ce qu'un enfant atteigne un jour le stade de la pleine capacité juridique. Cependant, certains handicapés mentaux ne l'atteindront jamais et cela est susceptible d'influer sur l'opinion qu'ont d'eux les gens, au point de rendre plus probable le sacrifice de leurs intérêts. Tout comme dans le cas des enfants, on doit tenir compte de l'étendue de l'incapacité de fait et on doit chercher à obtenir l'assentiment du patient dans la mesure où cela est possible et ce, même lorsque l'intervention est en soi justifiable en raison, par exemple, de son caractère thérapeutique. De même, lorsqu'un handicapé mental refuse de subir une intervention médicale, sa décision devrait sur les plans moral et juridique, avoir plus de poids que s'il acceptait, de sorte que son droit de véto ait plus d'impact que sa capacité de consentir".

---

(1) M. Somerville, Le consentement à l'acte médical, Commission de réforme du droit du Canada (1980). p. 102.

L'expérience démontre qu'une personne dont l'incapacité a été déclarée par un tribunal peut être douée de discernement par rapport à certains secteurs de la vie. Un handicapé mental n'est pas toujours totalement incapable de comprendre la portée et les répercussions d'un acte affectant son intégrité.

Pour cette raison, afin d'assurer le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne, nous recommandons, suivant le raisonnement du professeur Somerville, que l'autorisation du tribunal soit requise au cas où un majeur "non doué de discernement" refuse un traitement (1), à moins qu'un jugement antérieur n'ait déjà statué sur cette question en particulier.

---

(1) Ces risques sont soulignés par le juge Mayrand, à propos des interventions majeures, voir supra, note 1, p.8 à la p. 51, no 42:

"certaines thérapeutiques modernes comme l'électrochoc, la malaria thérapie ou la lobotomie comportent des risques sérieux. Les personnes appelées à prendre une décision à la place du malade doivent évaluer les dangers et les chances de succès avec autant de prudence que si elles agissaient pour elles-mêmes. Elles doivent donc se garder d'une audace excessive inspirée par le désir de se dégager, d'une façon ou d'une autre et le plus rapidement possible, de leurs responsabilités envers le malade".

A cause des dangers réels soulevés, nous soumettons respectueusement que l'autorisation d'un tribunal soit exigée dans ces cas. Comment pourra-t-on s'assurer autrement que quelqu'un réagisse avec autant de prudence que s'il s'agissait de lui-même ? Le désir d'un époux d'autoriser un traitement rapide qui ramènera son conjoint à la maison est compréhensible. Mais le refus du malade préférant un remède agissant plus lentement est aussi compréhensible.

Un tribunal a déjà décidé que dans le cas d'une intervention radicale, telle l'électrochoc, on devrait toujours demander l'autorisation d'un tribunal si la personne n'est pas capable de donner un consentement libre et éclairé. Selon cette décision, le tribunal devrait considérer la nature et la durée des changements de comportement et d'activité mentale causés par le traitement, les risques d'effets secondaires, l'acceptation du traitement par la communauté médicale, la nature de l'intrusion sur l'intégrité physique de la personne et la douleur associée au traitement. De plus, on devrait exiger une preuve que des solutions moins radicales ont été essayées et ont été jugées inefficaces: Price v. Sheppard (1976) 239 NW 2d 905, 913.

1.2.3.5 L'autorisation du tribunal

La liberté de la personne et le droit à son intégrité et à son inviolabilité étant des droits fondamentaux, nous croyons que l'article 14 du Projet tel que rédigé risque de priver des personnes du droit fondamental à une audition de sa cause quand il s'agit de la détermination de ses droits et de ses obligations (art. 23 de la Charte).

Nous croyons donc que si un majeur s'oppose à une intervention ou à un traitement, l'autorisation d'un tribunal devrait être obtenue. En effet, il se peut, comme nous l'avons dit, qu'un majeur puisse être "non doué de discernement" pour certaines fins mais qu'il ait assez de discernement pour décider qu'il juge non acceptable pour lui-même le traitement ou l'intervention qu'on lui propose.

Soulignons que l'autorisation du tribunal ne signifie pas une simple homologation d'une décision de l'institution ou du représentant. Il devrait s'agir d'une audition dans le sens de l'article 23 de la Charte, y compris le droit à l'avocat et le droit de contre-interroger les témoins. Par ailleurs, quand nous parlons d'un tribunal, on peut envisager les tribunaux ordinaires ou encore un tribunal administratif où les règles de justice naturelle seront respectées.

1.2.3.6 La stérilisation des personnes non douées de discernement

La Commission approuve sans réserve l'article 20 du Projet qui exige l'autorisation du tribunal quand un examen, traitement ou intervention non requis par l'état de santé présente un caractère permanent ou irréversible ou un risque sérieux pour le mineur ou le majeur non doué de discernement.

Cette disposition garantit que le tribunal puisse s'opposer à une demande de stérilisation qui n'est pas faite dans l'intérêt véritable de la personne.

Le même raisonnement s'applique à l'avortement non-thérapeutique, à la psychochirurgie ainsi qu'à l'aliénation entre vifs d'une partie de son corps. Rappelons ici que la Commission a déjà publié un avis sur la stérilisation des personnes handicapées. Cet avis recommande de ne pas priver ces personnes du droit à la stérilisation, si elle est pratiquée dans son intérêt (1). Cependant, à cause des

(1) Voir Avis de la Commission des droits de la personne sur la stérilisation des malades mentaux, 26 juillet 1978, Annexe A.

risques d'abus toujours possibles, la Commission recommandait, en se fondant sur l'article 23 de la Charte, la tenue d'une audition impartiale avant de décider de pratiquer l'intervention. Bien qu'on doive présumer de la bonne foi des tuteurs et représentants des personnes pour qui ces interventions peuvent être nécessaires, on ne peut être certain dans tous les cas que les intérêts de la famille et ceux de la personne concernée soient les mêmes.

Cette réalité a été soulignée dans une publication récente qui raconte dix années de vie consacrée à l'éducation des majeurs handicapés mentalement (1). L'auteur affirme:

> "Amener l'adulte déficient à se voir en adulte, à comprendre que ses intérêts ne coincident pas nécessairement toujours avec ce qu'en disent ces parents qui, en pensant toujours à sa place, en prenant pour lui toutes les décisions, en n'exigeant pas de lui qu'il prenne des responsabilités à sa mesure, en le percevant surtout comme un enfant, en le surprotégeant, entretiennent sa dépendance, limitent aussi son développement, n'était-ce pas là le mettre en situation difficile à assumer".

Sans affirmer que cette surprotection existe toujours, il faut reconnaître, croyons-nous, que plus on considère une personne - même handicapée mentalement - comme une personne autonome, plus elle prendra des décisions responsables, accroissant ainsi sa capacité d'agir.

D'ailleurs, le fondement de toutes nos remarques sur la nécessité de l'autorisation d'un tribunal réside dans le principe qu'on ne doit pas chercher à imposer à un individu des décisions qui ne correspondent pas à ses intérêts, et qui seraient prises dans l'intérêt des intervenants (2).

Soulignons en dernier lieu que nous sommes d'avis, comme nous l'avons déjà dit, que le mineur qui s'oppose à une stérilisation thérapeutique, devrait pouvoir bénéficier d'une audition, sauf en cas d'urgence.

---

(1) L. Doré, Des gens comme tout le monde, les éditions coopératives Albert Saint-Martin (1982) p. 62.

(2) R. Neville, "Pots and Black Kettles: A philosopher's Perspective on Psychosurgery" (1974) 54 Boston Univ. Law Rev. 340, 349 cité dans SOMERVILLE, supra, note 1, p. 14, à la p. 102.

1.2.3.7 L'expérimentation

L'article 19 du Projet est à l'effet qu'une personne non douée de discernement ne peut être soumise à une expérimentation.

Tout en comprenant que cette disposition vise à protéger ces majeurs à cause de leur vulnérabilité, nous croyons que l'article, tel que rédigé, risque de causer plus de problèmes qu'il n'en résoud.

Le Projet de Code civil proposé par l'Office de révision du Code civil stipulait à l'article 17:

> "Nul ne peut soumettre un enfant ou un majeur, non doué de discernement, à une expérimentation non thérapeutique qui peut représenter un danger pour la santé".

Dans sa forme actuelle, l'article 19 risquerait d'empêcher une intervention thérapeutique non encore éprouvée et qui viserait à sauver la vie du majeur ou à le préserver d'une incapacité physique grave.

Dans ces deux cas, selon nous, on devrait certainement prévoir la possibilité de permettre l'expérimentation thérapeutique. Toutefois, à cause des risques certains que cette disposition veut éviter, nous suggérons que l'autorisation du tribunal soit exigée et que le tribunal soit obligé de prendre en considération la proportionnalité des risques (dont, par exemple, les effets secondaires de certaines drogues) avec le bienfait escompté.

1.2.3.8 L'obligation de subir un examen psychiatrique

Plusieurs articles de la Charte sont ici en cause: Le droit à la liberté (art. 1), le droit à une audition impartiale (art. 23), le droit à un avocat (art. 34).

L'article 24 du Projet précise qu'en cas de danger réel, le tribunal peut, sur demande d'un médecin ou tout autre personne intéressée, et sur preuve du danger que présente cette personne pour elle-même ou pour autrui, ordonner un examen psychiatrique et la garde de cette personne et cela, malgré son opposition.

Nous croyons que l'expression "danger réel" risque de limiter inutilement les droits.

L'article 11 de la Loi sur la protection du malade mental parle plutôt de danger pour la santé et la sécurité de la personne ou d'autrui. Cette formulation est plus précise et partant, moins ambiguë que "danger réel". (1)

De plus, le Comité de révision de cette même loi a soumis qu'étant donné l'incapacité des psychiatres de prédire la dangerosité, une personne ne devrait être mise sous garde contre son gré que si des mesures de garde plus strictes que la garde d'un "bon père de famille" est requise (2).

Pour ces raisons, nous recommandons que le Projet incorpore la formulation de la loi actuelle plutôt que l'expression "danger réel".

Il faut être conscient que, pour des motifs sérieux, à savoir le danger réel, on permet ici une dérogation au droit à la liberté de la personne. Mais précisément parce qu'il s'agit d'atteinte à la liberté, il est nécessaire d'assortir toute décision à ce sujet des plus grandes garanties procédurales et judiciaires. Le Projet nous semble insuffisant à cet égard.

L'article 27 dit que:

> "Le médecin doit procéder à l'examen, donner avis de ses conclusions et déposer son rapport auprès du tribunal dans les dix jours du jugement à moins que ce délai ne soit prolongé".

Les remarques qui suivent veulent prévenir les abus possibles. En effet, il faut bien voir qu'une personne risque d'être privée de sa liberté pendant au moins dix jours et même davantage sans avoir pu présenter une défense ou une preuve contraire, sans avoir pu contre-interroger la "personne intéressée" qui a demandé son examen et sa garde. Il faut se rendre compte que ceux qui sont accusés d'un crime jouissent de garanties procédurales plus fortes que ceux que l'on croit présenter pour eux-mêmes ou pour d'autres un danger.

Quels seraient les moyens de préserver les droits de la personne ?

---

(1) Dans un avis antérieur, la Commission avait suggéré des critères pour déterminer la "dangerosité" d'une personne: à savoir que la personne présente un risque de danger physique grave, un acte manifeste posé récemment et la probabilité qu'un acte semblable sera posé dans un avenir immédiat. Voir commentaires de la C.D.P. sur la Loi sur la protection du malade mental, p. 18 (Annexe B).

(2) Voir Orientation proposée pour la révision de la Loi sur la protection du malade mental, ministère des Affaires sociales, 1980.

L'assistance d'un avocat

Pour minimiser ce risque que des personnes soient privées de leurs droits, nous suggérons que l'on assure les services d'un avocat à la personne pour qui on demande un examen psychiatrique ou la garde dans un établissement. Ce pourrait être l'avocat choisi par la personne concernée ou un avocat nommé d'office par le tribunal.

L'avocat ainsi nommé peut aider la personne visée dans la préparation d'une cause où ses intérêts sont en jeu.

Le droit à une audition

L'article 27 du Projet n'indique pas le moment où le tribunal doit accorder une audition alors que la personne est privée de sa liberté.

Nous croyons qu'un délai doit être prévu car une telle imprécision risque de prolonger indûment la privation de liberté d'une personne.

L'article 27 précise que le médecin doit envoyer son rapport au tribunal dans les dix jours du jugement, mais ne donne aucun délai raisonnable pour l'audition impartiale qui permettrait de juger de la véracité de l'attestation que la personne doit être privée de sa liberté parce qu'elle est dangereuse.

Dans le cas d'urgence prévu à l'article 24, nous sommes d'avis qu'une garde provisoire devrait être d'une durée maximale de quatorze jours et que la date d'audition ne puisse excéder ce délai.

Notons que selon l'article 23 de la Charte, cette audition devrait permettre de faire une preuve ou de contre-interroger. De plus, le droit à l'avocat devrait être reconnu de même que le droit d'avoir accès à une expertise médicale indépendante (1).

---

(1) Pour une étude plus approfondie, voir Commentaires de la Commission des droits de la personne du Québec sur la Loi de la Protection du malade mental, 19 juillet 1978, Annexe B. On y trouvera un bref rappel historique de l'internement au Québec pour cause de maladie mentale.

1.3 Du respect des droits de l'enfant

Le chapitre quatrième reconnaît que le respect des droits de l'enfant et son intérêt doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet. Ceci constitue une amélioration par rapport au projet de l'Office de révision du Code civil qui ne mentionnait que l'intérêt de l'enfant. La notion d'intérêt, en effet, est plus sujette à l'arbitraire que la notion de droit, car elle peut varier selon la conception que pourrait en avoir l'un ou l'autre parent, le juge ou le conseiller. A cet égard, nous sommes d'avis que l'article 31 du Projet est satisfaisant.

Le chapitre quatrième doit être lu avec le Livre de la famille du Code civil de même qu'avec l'article 39 de la Charte des droits et libertés de la personne et la Loi sur la protection de la jeunesse qui traitent aussi des droits de l'enfant. Cette dispersion des dispositions législatives ne nous semble pas des plus heureuse pour ceux qui veulent s'y comprendre dans le dédale des textes législatifs.

Nous constatons que le droit à l'avocat n'est pas expressément reconnu dans le Projet. Il n'empêche pas, bien sûr, que l'on puisse nommer un avocat à l'enfant quand ses intérêts sont débattus. Mais nous recommandons d'ajouter une disposition qui faisait partie du Rapport de l'Office de révision du Code civil (art. 27 du Livre des personnes):

> "Le tribunal doit, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, désigner un avocat pour le représenter dans une procédure.
>
> Toute personne intéressée, y compris les membres des services auxiliaires d'un tribunal, peut demander la désignation d'un avocat".

1.4 Du respect de la réputation et de la vie privée

Le chapitre cinquième du Projet pourrait constituer en droit privé une innovation remarquable. La Charte des droits et libertés de la personne reconnaît le principe du respect de la vie privée. Mais pour mettre en oeuvre ce principe, il faut en préciser le contenu et déterminer les recours disponibles en cas de violation de ce droit fondamental, bien que l'article 1053 C.C. et l'article 49 de la Charte offrent le moyen d'obtenir la réparation du préjudice subi ou la cessation des atteintes au droit.

Les dispositions du chapitre cinquième ne sont toutefois pas suffisantes pour qu'on puisse parler d'une protection dûment efficace de ce droit fondamental.

Premièrement, l'article 34 du Projet tel que rédigé nous fait craindre que l'on s'en serve pour limiter le domaine de la vie privée alors que l'article 13 du Rapport de l'Office de révision était beaucoup plus explicite et contenait une énumération non limitative des situations de fait où la vie privée est en cause. Il se lisait ainsi:

> "Nul ne peut porter atteinte à la vie privée d'autrui sans le consentement de celui-ci ou sans y être expressément autorisé par la loi.
>
> Et notamment:
>
> 1. pénétrer chez autrui ou y prendre quoi que ce soit;
> 2. intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;
> 3. capter ou utiliser l'image ou la voix d'une personne se trouvant dans des lieux privés;
> 4. surveiller, par quelque moyen que ce soit, une personne dans sa vie privée;
> 5. utiliser le nom, l'image, la ressemblance ou la voix d'une personne à toute autre fin que l'information légitime de l'opinion publique;
> 6. utiliser toute correspondance, manuscrit ou autre document personnel d'autrui;
> 7. divulguer, en ce qui concerne la vie privée d'autrui, une information contenue dans un fichier administré par l'Etat ou par une autre personne."

Deuxièmement, l'article 35 tel que rédigé nous fait voir que la protection des renseignements personnels, assurée maintenant dans le secteur gouvernemental par la Loi 65, ne sera que très imparfaitement et partiellement garantie par le Code civil.

Ainsi, selon l'article 35:

> "Toute personne peut consulter et faire reproduire à ses frais un dossier qui la concerne et qu'une personne constitue ou détient sur elle dans le but d'informer un tiers, sous réserve des lois relatives à l'accès aux documents des organismes publics et à la protection des renseignements personnels.
>
> Elle peut faire rectifier une information inexacte, incomplète ou équivoque et faire supprimer une information non pertinente qui lui est injustement préjudiciable."

Mais comment une personne pourra-t-elle faire tout cela si elle ne connaît même pas l'existence d'un dossier qui la concerne ?

Il y a ici un vide législatif à combler. La Commission a déjà fait des recommandations à ce sujet qu'elle veut réitérer à l'occasion de cette commission parlementaire.

Dans le secteur travail, la Loi sur les normes du travail devrait être modifiée pour reconnaître au travailleur le droit d'accès à son dossier (même s'il n'est pas constitué ou détenu dans le but d'informer un tiers), le droit d'y consigner ses commentaires et le droit de faire rectifier une information inexacte, incomplète ou équivoque et faire supprimer une information non pertinente qui lui est injustement préjudiciable.

Dans le secteur privé des agences d'information, des agences d'investigation et de sécurité, des agences de crédit, une loi devrait être adoptée qui ferait le pendant à la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels.

Lors du dépôt, en 1978, des Projets de lois 72 et 93 sur la protection du consommateur et sur l'investigation et la sécurité privées, la Commission faisait siennes les recommandations de l'Office de révision du Code civil sur les agences d'information (Annexe C).

Etant donné que le Code civil ne peut, à lui seul, régler toutes ces questions, nous recommandons l'adoption, dans les plus brefs délais, d'une loi venant combler les lacunes du chapitre cinquième du Projet de loi no 106.

2- DE LA MINORITÉ

Nous ne comprenons pas pourquoi l'article 95 du Projet a modifié la proposition faite par l'Office de révision du Code civil.

L'article 95 du Projet de loi 106 permet au mineur, s'il en souffre préjudice, de demander que l'acte qu'il a fait seul alors qu'il devait être représenté soit annulé ou que les obligations qui en découlent soient réduites.

L'article 114 du livre des personnes du Rapport de l'Office de révision du Code civil était plus libéral pour le mineur. Tout acte fait seul par le mineur aurait pu, à sa demande, être annulé ou les obligations qui en résultent, réduites, s'il en souffre préjudice.

3- DES RÉGIMES DE PROTECTION DU MAJEUR

Avant de livrer nos commentaires sur le Titre sixième du Projet de loi no 106 qui traite des régimes de protection du majeur, nous voudrions répéter les propos que nous tenions au sujet de la réforme de la Loi sur la protection du malade mental.(1)

> "Le nom même de cette loi en définit le but explicite: la protection. L'histoire nous apprend, cependant, que c'est au nom de la protection qu'on rendait les femmes incapables d'administrer leurs biens et d'exercer le droit de vote. C'est au nom de la "protection" qu'on a privé les Indiens de certains droits reconnus aux Blancs." Nous croyons qu'il importe d'être sensible aux ambiguïtés que peut recouvrir le concept de "protection" et aux injustices auxquelles il peut donner lieu, si de telles interventions protectrices ne s'accompagnent pas de règles de preuve et de procédure qui garantissent le respect des libertés fondamentales des personnes qui sont l'objet de telles interventions. Il faut garder à l'esprit la réflexion souvent citée du juge Brandeis (Olmstead v. U.S.277 U.S. 438, opinion dissidente):

---

(1) Voir Commentaires, supra, note 1, p. 17, aux p. 21 à 31 Annexe B

"Experience should teach us to be most on our guard to protect liberty when the government's purposes are beneficient... the greatest dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding".

Le principe de base de notre approche critique du Projet est tout simplement que l'administration de ses biens pour une personne est un corollaire du droit à la libre disposition de ses biens qui est un droit fondamental en vertu de l'article 6 de la Charte des droits et libertés de la personne. On ne peut donc priver une personne de ce droit que dans la mesure prévue par la loi (art. 6 de la Charte) et, surtout, sans la protection des garanties procédurales accordées à ceux qui voient définis leurs droits et leurs obligations (art. 23 de la Charte).

L'article 197 du Projet déclare:

> "Les régimes de protection du majeur sont établis dans son intérêt; ils sont destinés à assurer l'exercice de ses droits et l'administration de son patrimoine.
>
> L'incapacité qui en résulte est établie en sa faveur seulement".

L'article 198 ajoute:

> "Toute décision qui concerne le majeur protégé doit être prise dans son intérêt et dans le respect de ses droits et la sauvegarde de son autonomie".

Nous sommes entièrement d'accord avec les principes énoncés dans ces deux dispositions du Projet et qui correspondent aux droits fondamentaux reconnus dans la Charte. (1)

Nous nous proposons toutefois de mentionner au fur et à mesure les dispositions du Projet qui nous semblent être un obstacle au plein exercice des droits fondamentaux.

---

(1) Voir à ce sujet, un jugement récent d'Ontario qui est fondé sur le respect de la liberté de la personne handicapée, Clark v. Clark, County Court of Lanark, 25 nov. 1982 (Annexe E).

3.1 Le sujet du régime de protection

Qui peut être visé par un régime de protection ?

L'article 199 déclare:

> "On nomme au majeur, un curateur ou un tuteur pour le représenter ou un conseiller pour l'assister dans la mesure où il est incapable de former ou d'exprimer un consentement libre et éclairé et de prendre soin de lui-même ou de ses biens par suite notamment d'une maladie, d'une infirmité ou d'un affaiblissement dû à l'âge qui altère ses facultés mentales ou corporelles.
>
> On peut aussi nommer au prodigue un tuteur ou un conseiller".

En limitant la possibilité de nomination d'un protecteur dans la mesure où la personne est incapable d'exprimer un consentement et de prendre soin d'elle-même, le Projet respecte le principe de l'autonomie et de la responsabilité de la personne handicapée, ce qui accroît ses chances de guérison. En sens inverse, on peut dire que retirer toute responsabilité à quelqu'un et la maintenir dans la dépendance ne peut manquer, dans de nombreux cas, d'être non seulement contraire aux libertés fondamentales mais aussi anti-thérapeutique.

Si le régime de protection ne peut être ouvert que dans la mesure où une personne est incapable de prendre des décisions, on se demande pourquoi les rédacteurs du Projet ont décidé de conserver un tel régime pour le prodigue.

Certains prodigues sont des malades, ils sont alors couverts par le premier alinéa de l'article 199 et ce n'est pas d'eux qu'il s'agit.

Il s'agit dans le deuxième alinéa de l'article 199 de personnes dilapidant leurs biens et qui dépensent de façon exagérée.

Nous croyons qu'à moins que les extravagances du prodigue ne soient préjudiciables aux personnes qui sont à sa charge, on ne devrait pas le priver de la libre disposition de ses biens.

C'est d'ailleurs la conclusion à laquelle en était venu l'Office de révision du Code civil qui avait choisi d'éliminer le prodigue des régimes de protection (1):

> "Il a fallu parfois, après mûre réflexion, faire un choix entre les droits de la personne et la protection des intérêts de la famille. Ainsi, le prodigue ne devrait plus, suivant le Projet, faire l'objet d'une protection spéciale. Ce cas particulier a soulevé des doutes: "La réponse dépend des conditions économiques.. également d'un parti pris pour la liberté: le droit civil doit-il se mêler de contrôler les passions ?" L'on a pensé que d'autres moyens de protection existaient pour la famille sans qu'il soit nécessaire de diminuer la capacité des individus en cause."

3.2 La garde de la personne

3.2.1 Qui a la garde de la personne ?

Dans nos commentaires de 1978 sur la Loi sur la protection du malade mental, nous déplorions le fait que le curateur public soit celui qui doive prendre des décisions très graves concernant l'intégrité de la personne, et cela, alors qu'il n'a jamais communiqué avec le patient.

Les articles 201 et 202 du Projet corrigent cette situation: Le curateur public n'aura plus la garde de la personne, il administrera les biens.

Nous craignons toutefois que la solution proposée par le Projet crée plus de problèmes qu'elle n'en règlera. L'article 203 dit:

> "La garde du majeur protégé est exercée par une personne désignée par l'établissement de santé ou de services sociaux, lorsque le majeur y est gardé pour une durée prolongée, à moins qu'elle n'ait un curateur ou tuteur autre le curateur public.

---

(1) Rapport sur le Code civil du Québec, vol. II Commentaires (1978) p. 21.

Et le deuxième alinéa ajoute:

> La personne désignée a les pouvoirs du curateur pour consentir à un examen, à un traitement ou à une intervention requise par l'état de santé de la personne protégée".

Il est étonnant que la loi donne automatiquement à une personne désignée de la sorte les pleins pouvoirs du curateur, sans tenir compte qu'un tribunal puisse décider que la personne protégée a simplement besoin d'un tuteur ou d'un conseiller.

3.2.2 Le risque de conflit d'intérêts

Une des préoccupations principales qui devraient primer dans le choix d'un curateur, d'un tuteur ou d'un conseiller, c'est de s'assurer que celui-ci n'ait pas d'intérêts pouvant entrer en conflit avec ceux du majeur protégé. La loi modèle américaine sur la curatelle (1) interdit expressément à toute personne ou organisme la fonction de gardien ou celle d'administrateur des biens si:

- elle dispense un traitement ou un service ou en assume la responsabilité, ou
- elle a des intérêts qui peuvent venir en conflit avec ceux du majeur protégé.

Contrairement à cette loi-modèle, le Projet codifie et institutionnalise en son article 203 une règle susceptible de légaliser une garde ne répondant pas à ces critères d'indépendance.

Pour que le gardien du majeur puisse s'acquitter avec diligence et prudence de ses obligations, nous croyons qu'il devrait avoir l'indépendance et le recul qui lui permettent d'assurer la participation maximale du majeur protégé, en l'informant, en communiquant avec lui, en obtenant son avis.

C'est pourquoi nous recommandons que le gardien du majeur soit nommé par le tribunal et qu'il ne soit pas rattaché à l'établissement de santé ou de services où se trouve le majeur.

---

(1) Cette loi modèle a été proposée par l'Institut national de la santé mentale et le Centre de recherche juridique de la santé mentale et publiée par l'Association du Barreau américain. La loi ajoute que ces deux critères n'empêcheront pas un membre de la famille de devenir tuteur ou curateur si le conflit d'intérêt est considéré comme négligeable et si la nomination de cette personne était certainement bénéfique pour le majeur (Voir Annexe D)

Il existe un peu partout des groupes de parrainage civique dont les membres pourraient s'acquitter de cette fonction. L'on pourrait songer à aller dans cette voie.

3.3 Le droit à l'information

Nous ne croyons pas que le fait d'être sous un régime de protection doive priver une personne du droit à l'information, dans la mesure où elle peut l'exercer.

Nous sommes donc d'avis que le curateur ou le tuteur devraient être tenus d'informer le majeur protégé de toute décision le concernant.

3.4 Les droits des personnes traitées dans un établissement et qui ne sont pas soumises à un régime de protection

Que se passe-t-il entre le moment de la demande de l'ouverture du régime et l'audition ?

L'article 207 affirme:

> "Lorsqu'un majeur traité dans un établissement de santé ou de services sociaux est incapable de former ou d'exprimer un consentement pour l'une des causes qui peut justifier l'ouverture d'un régime de protection, le directeur général de l'établissement doit, sans délai, attester dans un certificat le degré d'aptitude du majeur à prendre soin de lui-même ou à administrer ses biens.
>
> Le certificat est établi sur la recommandation écrite du médecin qui a examiné le majeur et il en est donné avis, sans délai, au majeur, à son conjoint, aux proches parents connus, au curateur public et le cas échéant, au fondé de pouvoir du majeur."

Nous croyons que cette disposition risque de porter atteinte à certains droits fondamentaux.

3.4.1 Droit à la vie privée

L'article 207 exige que le certificat soit envoyé au curateur public dans tous les cas, même s'il s'agit d'une curatelle à la personne seulement. Cela nous paraît excessif surtout à la lumière de l'article 5 de la Charte.

De plus, le deuxième alinéa de l'article semble suggérer que le curateur public doive alors administrer les biens du majeur, même si le médecin n'était pas d'avis que l'état du majeur exigeait un curateur aux biens.

3.4.2 Droit aux règles de justice naturelle et mesures extraordinaires

Dans de nombreux cas où un majeur est l'objet d'une demande de régime de protection, le problème auquel il faut faire face est celui de la protection de ses biens.

Même en ayant très présente cette préoccupation, on ne doit pas perdre de vue que l'article 23 de la Charte donne le droit à une audition quand il s'agit de la détermination de ses droits. Même dans le Code civil actuel, on ne peut soumettre quelqu'un à la curatelle avant le jour du jugement (art. 334 C.C.)

Selon l'article 207 du Projet, il y a risque qu'une personne soit privée du droit d'administrer ses biens sur simple avis d'un médecin entériné par le directeur de l'établissement.

Nous proposons que l'administration des biens par le curateur sans audition ne soit pas automatiquement accordée, mais que cette administration ne soit confiée que dans les cas où il y a un risque sérieux de détérioration ou de dissipation des biens du majeur.

Et dans tous les cas, la décision finale de la capacité d'administrer ses biens devrait être confiée à un tribunal.

L'article 210 affirme parallèlement:

> "En cours d'instance et provisoirement, le tribunal peut même d'office, statuer sur la garde du majeur et désigner un administrateur chargé de la simple administration de la personne à protéger".

Encore une fois, sauf en cas d'urgence, la détermination des droits d'une personne doit être précédée d'une audition.

Il est possible que des cas d'urgence se présentent où la santé et la sécurité de la personne sont en danger, où les biens du malade risquent sérieusement d'être détériorés ou dilapidés.

Nous croyons donc que le Projet devrait faire une distinction entre les cas d'urgence et les autres et prévoir une procédure spéciale pour les cas d'urgence. Les modalités prévues au point 1.2.3.8 concernant les droits judiciaires qui doivent être garantis à une personne qu'on veut priver de liberté pourraient être reprises.

3.4.3 Le droit à l'avocat

Comme nous l'avons fait précédemment où il était question de la privation du droit à la liberté, nous affirmons l'importance du droit à l'avocat pour une personne qui risque, en cas d'urgence, de se voir retirer l'administration de ses biens.

3.4.4 La présomption de capacité

Nous avons déjà souligné le difficile équilibre à maintenir entre le désir de protéger une personne dont on juge qu'elle a besoin de protection et la volonté de sauvegarder ses droits fondamentaux.

Cette réflexion est omniprésente dans notre mémoire. Les articles 210 et 211, par exemple, nous offrent l'occasion de souligner que l'on peut glisser facilement de la présomption de capacité à celle d'incapacité. L'on y parle de "la personne à protéger", comme si l'issue de l'audition était évidente, alors qu'il faudrait parler de "la personne qui fait l'objet d'une demande de régime de protection".

3.4.5 Révision de la décision

Nous appuyons sans réserve le principe contenu à l'article 213 qui reconnaît qu'un jugement ouvrant un régime de protection est toujours susceptible de révision, que la cause ait cessé ou que la condition, physique ou mentale, de la personne se soit modifiée.

Toutefois, étant donné le grand nombre de personnes sans famille qui sont sous curatelle, nous suggérons que la décision soit automatiquement révisée après une année et ensuite à tous les deux ans pour éviter que des personnes soient "oubliées" et soient ainsi privées de leurs droits.

3.4.6 Importance de distinguer entre la protection de la personne et la protection de ses biens

Il semble y avoir confusion dans le Titre sixième du Projet entre les règles sur la protection de la personne et celles qui concernent la protection de ses biens.

Alors que les deux premiers chapitres du Titre sixième sont clairs sur cette distinction, les chapitres troisième, quatrième et cinquième qui traitent respectivement de la curatelle, de la tutelle et du conseiller semblent entretenir une certaine confusion.

Entre autres, les actes dont on parle dans ces chapitres semblent être du type de ceux qui ont une incidence financière.

Pour éviter cette confusion, on devrait préciser, par exemple, que le tribunal peut accroître ou restreindre la capacité du majeur de prendre des décisions se rapportant à sa personne. Ainsi, il est fort possible qu'une personne ait besoin d'un tuteur pour administrer ses biens mais qu'elle soit capable de prendre des décisions concernant sa personne.

Nous recommandons que le tribunal puisse distinguer entre la capacité du majeur d'administrer ses biens et celle de prendre les décisions qui concernent sa personne.

3.4.7 L'administration du produit de son travail

Le Rapport de l'Office de révision du Code civil proposait d'accorder à la personne protégée le droit d'administrer le produit de son travail.

L'article 149 du Rapport disait:

> "La personne protégée conserve l'administration du produit de son travail".

Et l'article 201 concernant la tutelle au malade:

> "Le malade conserve l'entière administration du produit de son travail effectué pendant la tutelle".

Ces mesures n'ont pas été retenues dans le Projet de loi 106. Pourtant, elles seraient souhaitables pour favoriser le respect de l'autonomie de ces personnes et celui du droit à la libre disposition de ses biens. Nous suggérons qu'elles soient reprises dans le Projet.

RECOMMANDATIONS

DE L'EXERCICE DES DROITS CIVILS

1. L'article 106 du Projet, sur l'abus des droits, devrait être modifié et se lire:

> "Nul ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec l'avantage qu'il peut en tirer".

DE L'INTÉGRITÉ DE LA PERSONNE

2. L'article 12 devrait être modifié dans le sens suivant:

> "En cas d'urgence, nul consentement n'est requis lorsque la vie de la personne ou son intégrité physique est en danger et que son consentement ne peut être obtenu en temps utile".

3. La capacité de consentir à un examen, une intervention ou un traitement doit être présumée.

   Si un majeur jugé "non doué de discernement" s'oppose à un traitement, une intervention ou un examen, l'autorisation du tribunal devrait être exigée, sauf en cas d'urgence.

4. L'expérimentation thérapeutique devrait être permise sur une personne incapable de donner un consentement libre et éclairé mais seulement dans les cas suivants:

   - elle a pour but de sauver sa vie ou d'éviter une détérioration grave de sa santé; ou

   - elle vise à développer ses capacités.

   Dans tous les cas, l'autorisation du tribunal devrait être exigée et le droit à l'avocat reconnu.

5. Dans les cas où une personne est soumise à une garde obligatoire, elle devrait avoir droit à une audition dans les quatorze jours du début de la garde. Au moment de l'ordonnance, un avocat devrait être nommé d'office à la personne concernée pour qu'elle puisse être assistée lors de l'audition. Le droit à une expertise médicale indépendante devrait être prévu.

DU RESPECT DES DROITS DE L'ENFANT

6. La disposition suivante devrait être ajoutée:

> "Le tribunal doit, lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, désigner un avocat pour le représenter dans une procédure.
>
> Toute personne intéressée, y compris les membres des services auxiliaires d'un tribunal, peut demander la désignation d'un avocat".

DU RESPECT DE LA RÉPUTATION ET DE LA VIE PRIVÉE

7. Les dispositions du Projet relatives au respect de la vie privée ne sont pas suffisantes. L'article 13 du livre des personnes de l'O.R.C.C. devrait être repris:

> "Nul ne peut porter atteinte à la vie privée d'autrui sans le consentement de celui-ci ou sans y être expressément autorisé par la loi.
>
> Et notamment:
>
> 1. pénétrer chez autrui ou y prendre quoi que ce soit;
> 2. intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;
> 3. capter ou utiliser l'image ou la voix d'une personne se trouvant dans des lieux privés;
> 4. surveiller, par quelque moyen que ce soit, une personne dans sa vie privée;
> 5. utiliser le nom, l'image, la ressemblance ou la voix d'une personne à toute autre fin que l'information légitime de l'opinion publique;

6. utiliser toute correspondance, manuscrit ou autre document personnel d'autrui;

7. divulguer, en ce qui concerne la vie privée d'autrui, une information contenue dans un fichier administré par l'Etat ou par une autre personne".

De plus, une loi sur les agences d'information devrait être adoptée pour reconnaître pleinement, dans le secteur privé, le droit d'accès au dossier et le droit au respect des renseignements personnels.

Enfin, la Loi sur les normes du travail devrait être modifiée pour reconnaître pleinement ce droit aux travailleurs.

DES RÉGIMES DE PROTECTION DU MAJEUR

8. Le Projet devrait spécifier que le prodigue ne peut être mis sous tutelle qu'en cas d'atteinte aux droits des personnes à sa charge ou à l'ordre public.

9. Le gardien de la personne protégée devrait être désigné par le tribunal et non par un établissement qui risque de se trouver en conflit d'intérêts avec elle.

   Le Projet devrait préciser que le gardien doit informer la personne protégée, communiquer avec elle, obtenir son avis et en tenir compte.

10. Le Projet devrait reconnaître le droit de la personne protégée à être informée de toute décision la concernant.

11. En règle générale, le régime de protection ne devrait entrer en vigueur qu'au moment du jugement.

    En cas de danger réel pour la santé ou la sécurité de la personne ou en cas de risque sérieux de détérioration ou de dissipation de ses biens, le tribunal pourrait nommer provisoirement un ou des représentants de la personne pour protéger ses intérêts.

    Toutefois, ces mesures extraordinaires devraient être suivies d'une audition dans un délai raisonnable.

12. Le majeur pour lequel on demande l'ouverture d'un régime de protection devrait toujours être représenté par avocat.

13. Le certificat d'incapacité ne devrait pas être automatiquement envoyé au curateur public, s'il ne s'agit pas d'incapacité à administrer ses biens.

14. L'expression "personne à protéger" dans les articles 210 et 211 devrait être modifiée par celle de "personne pour laquelle on demande un régime de protection".

15. La proposition de l'O.R.C.C. de donner à la personne protégée le droit d'administrer le produit de son travail devrait être retenue.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans sa préface au Rapport sur le Code civil, le professeur P.A. Crépeau, président de l'Office de révision du Code civil, soulignait qu'un des traits dominants de la réforme proposée résidait dans la primauté de la personne.

Le Projet de loi 106 manifeste largement le souci du législateur pour les droits fondamentaux de la personne, déjà inscrits dans la Charte des droits et libertés de la personne du Québec.

Autonomie de la personne, exercice des droits dans la bonne foi et sans abus, respect de la vie privée, de l'intégrité, de la sécurité, telles sont les lignes de fond qu'il est facile de suivre tout au long de ce projet.

Tout en reconnaissant les mérites du Projet, l'intervention de la Commission des droits de la personne, en s'appuyant sur les principes contenus dans la Charte des droits et libertés de la personne, a pour but de signaler au législateur les améliorations qu'elle souhaite y voir apporter.

Les remarques de la Commission touchent plus spécifiquement les droits des personnes handicapées dont on veut à la fois assurer l'autonomie et la protection. Il s'agit là d'un équilibre difficile à atteindre, nous en sommes très conscients.

L'expérience de six ans de la Commission avec les personnes ayant eu à passer dans le processus psychiatrique, la présence de représentants de la Commission au sein du Comité de révision de la Loi sur la protection du malade mental (ministère des Affaires sociales), sa participation à plusieurs colloques sur la stérilisation des déficients mentaux, autorisent la Commission à proposer au législateur les recommandations contenues dans ce mémoire.

Quant à certaines autres recommandations, particulièrement celles qui ont trait à l'abus de droit et au respect de la vie privée, elles viennent aussi de l'expérience de la Commission. En matière de relations de travail, une théorie de l'abus des droits mieux reserrée contribuerait à faire corriger bien des injustices. Quant au droit d'accès au dossier personnel privé, c'est un droit revendiqué par de nombreux groupes dont la Commission, par l'article 67e) de la Charte, a le devoir de recevoir les suggestions, recommandations et demandes touchant les libertés de la personne, les étudier et faire au gouvernement les recommandations appropriées.

Enfin, c'est pour que le Code civil puisse représenter, en droit privé, le régime de droit mettant en oeuvre les droits fondamentaux reconnus dans la Charte que la Commission des droits de la personne souhaite que le législateur tienne compte de ses recommandations.

ANNEXE A

Commission des droits
de la personne
du Québec

LA STÉRILISATION DES DÉFICIENTS MENTAUX

Le 19 décembre 1977

RESOLUTION
COM: 70-11.A

360, rue Saint-Jacques
Montréal, Qué. H2Y 1P5
(514) 873-5146

Cette question nous a été soumise par (*) et se rapporte à la question de la stérilisation des déficients mentaux avec emphase mise sur l'amélioration de l'hygiène menstruelle, mais aussi pour clarifier "au plus tôt une situation qui a tout avantage à l'être sur le plan de respect des personnes concernées (1)".

1. INTRODUCTION

Souligons d'abord une ambiguïté importante entre le titre du Protocole présenté par (*) et le contenu du document. Alors que le titre présente le document comme un "Protocole de contrôle menstruel" seulement, dans la première section intitulée "évaluation" on traite à la fois du problème d'hygiène menstruelle et d'un problème de fertilité (activité hétérosexuelle chez un déficient mental).

Si vraiment le protocole doit répondre aux deux objectifs, il nous paraîtrait plus clair de l'intituler franchement "Protocole de contrôle menstruel et de stérilisation non-volontaire".

Dans le texte qui suit, nous présentons d'abord un bref aperçu historique du recours à la stérilisation non volontaire en Amérique du Nord. Nous étudierons ensuite l'état

---

(1) Lettre du 19 décembre 1977.

(*) Nous avons supprimé dans le texte tout ce qui pouvait identifier les requérants.

du droit au Québec et en France sur cette question.

Ensuite, tout en commentant le Protocole sous étude, nous proposerons les critères auxquels devrait répondre toute tentation législative de permettre des stérilisations non thérapeutiques et non volontaires.

2. BREF APERCU HISTORIQUE DE LA STERILISATION DES PERSONNES NE DISPOSANT PAS DE TOUTES LEURS FACULTES MENTALES, AU CANADA ET AUX ETATS-UNIS (2)

Les progrès dans le domaine de la génétique Mendélienne ont suscité un intérêt certain, particulièrement en ce qui touche la possibilité de réaliser une amélioration de la race humaine par le biais de la reproduction sélective. Ceci mena au développement de la pratique de la stérilisation des individus déficients, (comme on peut le constater dans les travaux de Sir Francis Galton)(3). La théorie de la criminalité héréditaire avait déjà été proposée par Caesare Lombroso en 1875 dans son livre l'Omo Delinquente. En 1913, le docteur Charles Goring a publié son livre The English Convict: A statistical Study, où il suggère que la déviation est héréditaire. Enfin, en 1914, le livre On the Continuity of Mental Defect, de K. Pearson et G.A. Jaederholm, conclue qu'un bas quotient intellectuel est héréditaire. A la suite d'études "scientifiques", de nombreux Etats américains ont adopté des lois permettant la stérilisation in-

---

(2) Pour un historique plus détaillé, Voir: N. KITTRIE, "The Right to be Different, 1971, pp. 297-339. Mc WHIRTER et WEITER "The Alberta Sterilisation Act: A Genetic Critique", (1969) 19 Univ. of Tor. L.J. 424; DICKENS, "Eugenic Recognition in Canadian Law" (1975) 13 Osgoode Hall L.J. 175. KOURI "The Legality of Purely Contraceptive Sterilisation" (1976) R.D.U.S. 537. BRAKEL, S. The Mentally Disabled and The Law, c. 6, "Eugenic Sterilisation". B. STARKMAN, "The Control of Life: Unexamined Law and the Life Worth Living", (1973), 11 Osgoode Hall L.J. 175.

(3) Il a inventé le mot "eugénisme" en 1885. Mais voir Inquiries into Human Faculty, 1908.

volontaire (4).

Initialement, toute loi permettant la stérilisation eugénique des déficients mentaux a été jugée inconstitutionnelle (5). Mais, il faut noter que dans une décision du juge Holmes de la Cour suprême en 1927 (6), la Cour a déclaré constitutionnelle une loi requérant: une signification, une audition impartiale, et le droit d'appel. Dans un cas où il s'agissait d'une femme de 18 ans, internée dans un hôpital psychiatrique, qui avait eu un enfant illégitime déficient et qui était la fille d'une mère déficiente, le juge a déclaré que trois générations de déficients mentaux étaient suffisantes, et il a accepté le principe de la stérilisation involontaire, mais en soulignant que les droits procéduraux avaient été respectés.

En 1928, l'Alberta a adopté le Sexual Sterilization Act, et en 1933, la Colombie-Britannique a adopté une loi du même nom. En 1930 en Ontario, le Report of the Royal Commission on Public Welfare a recommandé une législation qui permettrait la stérilisation des déficients immoraux et criminels (7).

En 1933, la législature du Manitoba a présenté un projet de loi qui aurait permis une stérilisation volontaire des déficients (avec un consentement donné par la personne ou son parent ou gardien), mais après une controverse considérable suscitée par la communauté catholique romaine, les articles traitant de la stérilisation ont été rayés de la loi (8). Dans un article mordant, publié en 1969 (9), on a critiqué la loi de l'Alberta, à partir du fait qu'elle n'avait aucun fondement scientifique. Un cas rapporté dans le Toronto Globe and Mail a été soulevé: une adolescente qui avait été stérilisée suite au consentement de ses parents, au motif que sa déficience mentale pourrait être héréditaire, a subséquemment réussi à ses examens de

---

(4) En 1897, la législature de Michigan a refusé de passer un projet de loi permettant la stérilisation. Le gouverneur de Pennsylvanie en 1905 a exercé son droit de veto sur un projet semblable. En 1907, l'Indiana a promulgué la première loi sur la stérilisation. Cette loi a été jugée inconstitutionnelle par la suite, comme les lois du New Jersey, de New York et du Michigan.

(5) Williams v. State (1921) 131 N.E. 2; Haynes v. Lapeer (1918) 166 N.W. 938; Smith v. Bd.of Examiners (1913) 88A 963; Osborn v. Thompson 169 N.Y. Supp. 638.

(6) Buck v. Bell (1927) 274 U.S. 200.

(7) Toronto: King's Printer 1930, à la p. 9; Cité dans STARKMAN, supra, note 2, 181, note 32.

(8) STARKMAN, supra, note 2, p. 183, note 40.

(9) McWHIRTER et WEIJER, supra, note 2.

douzième année. Les auteurs de cet article ont exprimé l'avis suivant (10):

> "Socially, the compulsory aspects of the act bear against persons and families who are likely to be young, poor, and uninfluential, and certainly unlikely to resist personally the infliction or purportedly legalized mayhem. From the legal, social and scientific standpoints the act is a disgrace to the whole of Canada... The most serious damage lies in the fact that this ignorant and perverted legislation poisons the atmosphere and holds up advances in modern preventive eugenics, which must be based on consent."

Actuellement, les lois autorisant la stérilisation en Colombie-Britannique et en Alberta ont été abrogées (11). Mais aux Etats-Unis, il existe toujours 21 Etats qui requièrent ou permettent la stérilisation involontaire des déficients mentaux (12).

3. L'ETAT DU DROIT AU QUEBEC ET EN FRANCE

3.1 Québec

L'article 19 du Code Civil proclame que:

> "La personne humaine est inviolable. Nul ne peut porter atteinte à la personne d'autrui sans son consentement ou sans y être autorisé par la loi."

Bien que la jurisprudence n'ait pas discuté des problèmes que pose la stérilisation des incapables, nous croyons que sans le consentement de la personne concernée, il serait illégal de faire une telle intervention parce qu'elle n'est pas autorisée par la loi.

---

(10) Id., p. 130.
(11) S.B.C. 1973, c. 79; S.A. 1972, c. 87.
(12) NEUWURTH, HEISLER, GOLDRICH, "Capacity Competence, Consent: Voluntary Sterilization of the Mentally Retarded" (1974-75) 6 Col. Hum. Rts L. Rev. 447, 459.

L'article 36 de la Loi de la protection de la santé publique (13) affirme que:

> "Un établissement où un médecin peut fournir les soins ou traitements requis par l'état de santé d'un mineur âgé de quatorze ans ou plus, avec le consentement de celui-ci, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir le consentement du titulaire de l'autorité paternelle; l'établissement ou le médecin doit toutefois avertir le titulaire de l'autorité paternelle en cas d'hébergement pendant plus de douze heures ou de traitements prolongés.
>
> Lorsqu'un mineur est âgé de moins de quatorze ans, le consentement du titulaire de l'autorité paternelle doit être obtenu; toutefois, en cas d'impossibilité d'obtenir ce consentement ou lorsque le refus du titulaire de l'autorité paternelle n'est pas justifié par le meilleur intérêt de l'enfant, un juge de la Cour supérieure peut autoriser les soins ou traitements."

Ce qu'il faut souligner dans cet article, c'est le droit de donner les traitements "requis par l'état de santé". Il nous semble que cet article permette un consentement substitué quand c'est nécessaire pour la santé de la personne, mais n'autorise pas des stérilisations faites pour des raisons sociales ou pragmatiques. De telles interventions chirurgicales ne sont pas autorisées par la loi.

Il faut aussi rappeler ici l'article 1 de la Charte des droits et libertés de la personne qui dit que "tout être humain a droit... à l'intégrité physique".

Etant donné que l'article 19 du Code Civil proclame l'inviolabilité de la personne humaine et que la Charte proclame l'intégrité physique de tout être humain, et étant donné qu'il n'y a rien dans la loi qui autorise l'intervention chirurgicale aux fins de stérilisation des déficients mentaux, on doit conclure que toute stérilisation non thérapeutique faite au Québec d'une personne n'étant pas en mesure de donner un consentement valide est illégale.

---

(13) L.Q. 1972, c. 42, mod. L.Q. 1975, c. 63, a. 9e.

3.2 France

En France, il semble être illégal de faire une stérilisation, même avec un consentement valide. "Le consentement de la victime est impuissant à valider un acte que la loi pénale considère comme un délit ou comme un crime (14)".

En conséquence, une Cour criminelle, en appliquant les articles 327-329 du Code pénal français, a trouvé que la stérilisation constituait un crime (15).

En parlant de l'intégrité physique, Mazeaud conclut que, même avec le consentement d'un patient, une convention portant sur la stérilisation non thérapeutique est illégale(16).

Un autre auteur, considérant les aspects juridiques du problème dans le droit français et le droit belge a dit (16a):

> "D'autre part, même dans l'hypothèse ou le consentement de l'intéressé a été sollicité, au moins pour la forme, il faut mettre en doute la valeur de ce consentement à une intervention dont le malade n'est pas toujours en état d'apprécier la portée, et que ne justifieront pas une nécessité thérapeutique certaine. Par ailleurs, accorder aux parents, conjoint, tuteur ou représentant de l'Etat le pouvoir exorbitant d'aliéner irréversiblement un patrimoine physique sur lequel ils n'ont aucun droit et sans que cet acte tente spécifiquement à la guérison du malade, est juridiquement inacceptable".

4: SI JAMAIS UNE LOI AUTORISANT LA STERILISATION DES PERSONNES QUI NE SONT PAS EN MESURE DE DONNER UN CONSENTEMENT VALIDE ETAIT PROMULGUEE, QUELLES SERAIENT LES CONSIDERATIONS DONT ON DEVRAIT TENIR COMPTE AFIN DE RESPECTER LES DROITS DE CES PERSONNES?

4.1 Introduction

Il y a deux sortes de consentement qu'on peut imaginer dans ces cas. Il y a le consentement de la personne con-

---

(14) MAZEAUD, Leçons de Droit civil, 5e éd, par M. de Juglart, Tome I, 2e Vol.: Les personnes: personnalité, 1972, p. 681.
(15) Crim. 1er juillet 1937, (D.H. 1937, 537) cité Ibid.
(16) Id. p. 670.
(16a) M.T. MEULDERS-KLEIN, "Considérations juridiques sur la stérilisation chirurgicale" (1967) Ann. Drt. 3, 13. Voir aussi R. MERGER "Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de ses aspects médicaux et sociaux (1963) Sem. Jur. 1770.

cernée, et le consentement substitué fait par les parents, dans le cas d'un enfant, ou par le tuteur ou le curateur nommé conformément au Code de Procédure Civile (17).

Le problème se présente du fait que les intérêts du parent ou de l'enfant vis-à-vis de la stérilisation ne sont pas forcément convergents. A ce stade, nous croyons utile de rapporter les faits à l'origine d'un arrêt récent de la Cour suprême des Etats-Unis (18). Il nous semble important d'illustrer ainsi toutes les conséquences qu'une décision de stériliser peut entraîner, même lorsque la bonne foi de toutes les personnes impliquées n'est pas mise en doute.

En 1971, une mère présente une requête à un juge lui demandant d'autoriser la stérilisation de sa fille "légèrement arriérée". La mère apportait en preuve le fait que sa fille de quinze ans fréquentait des hommes, et, à l'insu de sa mère, passait des nuits avec eux. On précisait aussi dans la requête que, malgré son prétendu retard mental, la jeune fille avait fréquenté les écoles publiques de la région, et passait aux classes supérieures en même temps que les autres enfants de son âge.

Bien que la loi de l'Etat n'ait pas prévu ce genre de recours, le juge de première instance a accueilli la requête et ordonnée la ligature tubaire à laquelle la jeune fille fut soumise quelques jours plus tard, amenée à l'hôpital sous prétexte qu'elle subirait une appendectomie.

Le drame a éclaté lorsque, quelques années plus tard, cette jeune fille s'est mariée et à découvert son incapacité de devenir enceinte. Le couple a poursuivi en dommages-intérêts toutes les personnes impliquées dans la décision de stériliser: la mère, le juge, les médecins et l'hôpital. Etant donné que les demandeurs invoquaient une violation de droits garantis par la Constitution, il fallait prouver une action de l'Etat. La seule partie qui pouvait être considérée comme ayant posé un acte d'Etat, était le juge.

---

(17) Soulignons qu'on ne parle pas ici de stérilisation "requise par l'état de santé de la personne". Un consentement substitué serait valide dans un tel cas. Nous parlons plutôt des stérilisations faites pour des raisons non médicales, telles que la difficulté de maintenir une hygiène menstruelle.

(18) Stump v. Sparkman 98 S. Ct. 1099 (1978).

Mais celui-ci ayant invoqué son immunité, le couple se trouvait sans recours. En Cour suprême, le juge White a convenu que, si le juge avait interprété correctement la loi, il aurait dû renvoyer la requête; que le juge avait juridiction (ce qui lui permettait de jouir de l'immunité malgré son erreur en droit), mais qu'il aurait dû renvoyer la requête au mérite.

Tout ceci nous paraît militer en faveur de l'élaboration de critères précis dans la loi pour qu'une stérilisation, si l'on prouve qu'elle est justifiée, se fasse dans le respect intégral des droits de toutes les personnes touchées par cette décision. Une telle décision ne peut être laissée à la discrétion des autorités médicales de la région de la province à laquelle la personne appartient, ou à la conviction d'un juge qui n'aurait pas entendu de preuve médicale (19).

Nous croyons donc que c'est au ministère des Affaires sociales de démontrer qu'il existe un besoin réel de procéder à la stérilisation de certaines personnes sans leur consentement, et d'imposer à cette fin dans une loi une procédure uniforme applicable à toutes les régions du Québec. Avant de décider si une telle loi est nécessaire, il incombe au ministère des Affaires sociales de démontrer une telle nécessité (20).

3.2 Le besoin d'une loi permettant la stérilisation

Se pose-t-il, concrètement, dans les institutions, un problème de grossesses intempestives chez des femmes considérées comme déficientes mentalement? Si oui, qui sont les hommes à qui ces grossesses sont attribuables: d'autres patients, des membres du personnel, ou des gens de l'extérieur?

Cette question nous a paru pertinente lors d'une visite à l'un des plus importants hôpitaux psychiatriques du Québec. A la suite d'une discussion animée sur la nécessité de stériliser les femmes déficientes, nous avons appris que le Centre n'avait probablement pas connu de grossesse indésirable depuis presque quinze ans. Si le problème se présente si rarement, est-il vraiment nécessaire d'envisager la stérilisation dans les cas où l'hygiène menstruelle n'est pas en cause?.

---

(19) On a porté à notre attention, une décision de la Cour supérieure (Drummond) n° 451-TC, 20 septembre 1973, où le juge a homologué une décision du Conseil de famille recommandant la stérilisation d'une jeune interdite. Il n'y a rien dans la décision qui nous dit si la personne concernée a pu exercer des droits judiciaires.

(20) Soulignons encore une fois que dans les deux provinces canadiennes où de telles lois ont existé, elles ont été abrogées.

Si malgré tout, on juge la stérilisation nécessaire dans les cas de personnes déficientes, l'Assemblée nationale doit voter une loi dans ce sens. La Commission des droits de la personne a la responsabilité de surveiller le respect des droits de la personne soumise à la stérilisation. On a déjà mis l'accent sur le droit de cette personne à l'intégrité physique (article 1 de la Charte). Il faudrait y ajouter le droit à la sauvegarde de sa dignité et de son honneur (article 4) et le droit au respect de sa vie privée (article 5).

Cependant, il ne faudrait pas passer sous silence les droits des enfants à naître de ces grossesses considérées comme indésirables, qui auraient ainsi des parents que l'on considère comme incapables de répondre à leurs besoins. On ne peut pas en effet aveuglément défendre les droits des personnes sans se soucier de leur capacité de remplir les obligations que l'exercice de ces droits engendre vis-à-vis d'autrui. Bien que reconnaissant ce dilemme, nous sommes convaincus que le respect à l'égard des uns n'implique pas le manque de respect à l'égard des autres.

3.3 Les droits judiciaires qui devraient être protégés

Une loi qui permettrait la stérilisation de certaines personnes devrait consacrer les droits judiciaires suivants:

3.3.1 Le droit à une audition impartiale

L'article 23 de la Charte proclame le principe suivant:

> "Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle..."

Ce droit fondamental à une audition impartiale nous semble essentiel. Ce droit implique le droit à un préavis reçu assez longtemps à l'avance pour permettre la préparation d'une défense.

La personne a le droit de connaître les motifs qu'on prétend invoquer en faveur de la stérilisation, ce qui implique le droit de la personne d'être présente à l'audition.

3.3.2 Le droit à un avocat

L'article 34 de la Charte reconnaît que:

> "Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal".

Il faut se rappeler l'arrêt que nous avons analysé au début de cette partie: trop souvent, l'on présume que l'avocat des parents ou du tuteur ou curateur peut également représenter les intérêts de la personne concernée. Mais l'expérience démontre qu'il y a souvent divergence entre ces intérêts. L'avocat de la personne doit pouvoir vérifier rigoureusement la preuve apportée, et au besoin faire procéder à une expertise indépendante. Cet avocat doit être nommé d'office par le tribunal.

3.3.3 Examen de solutions moins radicales

On a l'habitude de ne considérer qu'une alternative: ou une personne est fertile, ou elle est stérilisée (par des moyens irréversibles). Nous croyons que la loi devrait exiger la preuve que des moyens contraceptifs réversibles, donc moins radicaux que la stérilisation, ont été essayés, mais sans succès (21): condoms, pilules anovulantes, stérilets.

3.3.4 Le droit d'appel

La personne qui fait l'objet d'une ordonnance de stérilisation contre ou sans son consentement devrait avoir le droit d'en appeler de cette ordonnance.

Donc, dans la mesure où la loi garantirait qu'aucune stérilisation sans consentement ne pourrait avoir lieu sans le respect intégral des droits judiciaires que nous venons d'énumérer, la Commission des droits de la personne n'aurait pas d'objection à ce qu'une telle stérilisation ait lieu. Il nous semble au contraire que seraient ainsi respectés les droits de la personne concernée, ainsi que ceux de la collectivité qui autrement aurait à sa charge l'enfant qui naîtrait à des parents incapables d'exercer leurs responsabilités envers lui.

---

(21) Le Protocole qui fait l'objet de cette étude prévoit déjà cette étape.

La Commission voudrait aussi signaler que cet avis ne met pas en doute la nécessité de la consultation lors de l'élaboration de la loi et de l'expertise devant les tribunaux, de gynécologues, psychologues, psychiatres, travailleurs sociaux et autres personnes compétentes dans ce domaine. Elle veut simplement s'assurer que lors d'une décision portant sur l'intégrité physique des personnes incapables de donner leur consentement, il y ait un mécanisme pour protéger leurs droits fondamentaux. -

Tout ceci étant dit, examinons maintenant le Protocole présenté par (*)

Rappelons encore une fois que rien dans la loi actuelle ne permet une stérilisation non volontaire pour des fins non thérapeutiques, et que celles-ci doivent, jusqu'à nouvel ordre, être considérées comme illégales et injustifiées.

4. COMMENTAIRES SUR LE PROTOCOLE

4.1 Une ambiguïté fondamentale

Dans notre introduction, nous avons déjà souligné l'ambiguïté du texte au sujet de l'objectif de la stérilisation: est-il de pallier un manque d'hygiène menstruelle, ou de procurer un moyen définitif de contraception?

Nous aimerions souligner ici une seconde ambiguïté: tout au long du document, on ne semble envisager la stérilisation que pour les femmes.

Dans la section A, il est clair que l'évaluation médicale ne s'applique qu'aux femmes.

Dans la section B, seule la première (évaluation psychologique) et la quatrième étape (évaluation des risques de dommages psychologiques), ainsi que l'évaluation de l'attitude de la personne à donner un consentement éclairé peuvent s'appliquer aux patients des deux sexes.

Dans la description des autres étapes, soit la deuxième (aptitude de la patiente d'assumer une sexualité responsable), la troisième (capacité de comprendre la procédure recommandée par le gynécologue) et la cinquième, (évaluation des avantages psychologiques de l'intervention par suite de la disparition des effets secondaires à la menstrue) il est clair que le texte ne s'applique qu'aux femmes.

Etant donné nos conclusions, nous ne trouvons pas nécessaire, à ce stade, de décider si des procédures de stérilisation devraient ou non s'appliquer aussi bien aux hommes qu'aux femmes. Mais il nous importe de souligner que, malgré l'ambiguïté que recèle le texte du Protocole, il semble

clair qu'on a opté pour la stérilisation des femmes: est-ce bien cela que l'on envisage comme la meilleure solution, lorsqu'on sait la gravité et les risques d'une telle intervention pour une femme, alors que la stérilisation de l'homme est si simple et sans danger: est-ce seulement à la femme d'assumer une sexualité responsable?

4.2 Evaluation médicale

Dans l'évaluation médicale, nous appuyons "l'essai de contrôle menstruel par des méthodes médicales (pilules anovulantes et hormones injectables) étant donné qu'il constitue une solution moins radicale que la stérilisation. De plus, nous croyons à la nécessité de vérifier si un véritable effort d'éducation concernant l'hygiène menstruelle a été fait.

4.3 Evaluation non médicale et opinion de la direction

Nous appuyons toutes les étapes exposées dans ces sections, le tout semblant conforme aux meilleurs intérêts de la personne concernée.

4.4 Décision et acceptation

Nous appuyons la présentation aux parents et la formation d'un "comité de la personne" (procédure légale) "pour assister les parents, puis présentation du projet à ce comité". Nous devons contester cependant la formulation du troisième qui dit:

> "Pour les cas basés sur des indications non thérapeutiques, présentation à un juge de la Cour supérieure pour approbation finale". (18)

---

(18) Le souligné est de nous.

Le mot "approbation" est inacceptable. La Cour supérieure est censée être un tribunal impartial, et le rôle du juge n'est pas d'approuver une décision mais d'entendre le pour et le contre de chaque cas présenté. Pour cette raison, nous soulignons tous les droits judiciaires qui devraient s'appliquer à la personne susceptible d'être stérilisée (19). Sans cette audition impartiale, le protocole manquerait au respect qui devrait être accordé aux droits de la personne.

MONTREAL, le 2 juillet 1978

(19) Voir, supra, section 3.

PROTOCOLE DE CONTROLE MENSTRUEL

Procédure

I. Evaluation: A la demande du responsable d'unité, des parents ou des responsables du Foyer de groupe, qui attirent l'attention sur un problème menstruel (hygiène inadéquate, trouble de comportement secondaire à la menstrue, exacerbation de l'épilepsie en période menstruelle, incapacité de participer au programme régulier d'entraînement, etc...) ou un problème de fertilité (activité hétérosexuelle chez un patient déficient mental).

A) Evaluation Médicale

1. Examen complet majeur incluant examen gynécologique et test de Papanicolaou chez la femme.

2. Consultation en Neurologie si incidence des menstrues sur l'épilepsie du patient.

3. Consultation gynécologique et recommandation appropriée.

4. Essai de contrôle menstruel par des méthodes médicales (pillules anovulantes et hormones injectables).

5. Si le résultat est insatisfaisant, nouvelle consultation gynécologique en vue d'une approche chirurgicale (hystérectomie).

B) Evaluation Non-Médicale

1. Evaluation Psychologique

- Du déficit mental et de son pronostic.
- De l'aptitude de la patiente à assumer une sexualité responsable.
- De l'aptitude à apprécier la signification de la procédure recommandée par le gynécologue.
- De la possibilité ou non de subir un dommage psychologique par suite de la procédure.

- De la possibilité ou non de retirer des avantages psychologiques par suite de la procédure (diminution des troubles de comportement secondaires à la menstrue, disparition des frustrations secondaires à la restriction d'activité imposé par la menstrue, etc...).

- De l'aptitude à donner un consentement éclairé.

2. Evaluation Psychiatrique

- Re: 1

3. Evaluation Sociale

- Réaction et opinions de la famille de l'enfant.

4. Opinion de la Direction

- Impact sur la participation de l'enfant aux divers programmes d'entraînement du Centre d'Entraînement à la Vie.

- Possibilité accrue d'intégrer l'enfant à un milieu social plus normal (foyer de groupe, atelier protégé, etc...).

II. Décision et Acceptation

- Présentation aux parents (si moins de 14 ans) pour opinion et acceptation.

- Si plus de 14 ans, après présentation aux parents, création d'un "Comité de la Personne" (procédure légale) pour assister les parents, puis présentation du projet à ce comité.

- Pour les cas basés sur des indications non-thérapeutiques, présentation à un juge de la Cour Supérieure pour approbation finale.

III. Contacts Hospitaliers

- Pour présentation de cas et acceptation par l'hôpital de la procédure envisagée pour l'enfant.

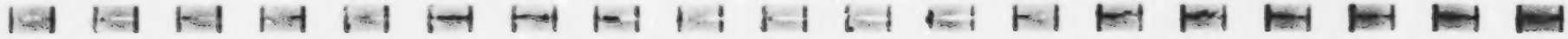
ANNEXE B

Commission des droits
de la personne
du Québec

COMMENTAIRES DE LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUÉBEC SUR LA LOI DE LA PROTECTION DU MALADE MENTAL

COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE
COM. 70-4
70-11D

360, rue Saint-Jacques
Montréal, Qué. H2Y 1P5
(514) 873-5146



COMMENTAIRES DE LA COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE DU QUEBEC SUR LA LOI DE LA PROTECTION DU MALADE MENTAL

1. INTRODUCTION

Il est difficile de saisir tout le sens et la portée de la Loi de la protection du malade mental sans faire un bref rappel historique de la législation qu'elle voulait remplacer.

Promulguée en 1971, la Loi de la protection du malade mental modifiait toute l'économie de la Loi des institutions pour malades mentaux (1), et constituait, par rapport à celle-ci, comme nous le verrons, un net progrès, surtout sur le plan des droits, qui est notre première préoccupation.

1.1 Rappel "historique": la Loi des institutions pour malades mentaux

On retrouve dans cette loi toute les attitudes traditionnelles vis-à-vis de la maladie mentale ou de la "folie". Cette loi affirmait l'hégémonie de l'institution sur le malade mental. Celui-ci est à exclure, et on l'enferme au besoin, contre son gré; il n'entre et ne peut sortir qu'avec le consentement d'une personne, le surintendant de l'institution, qui détient tous les pouvoirs.

Cette loi, comme l'indique son titre, régissait le fonctionnement des hôpitaux pour malades mentaux, ceux-ci étant définis comme "tout malade chez qui le désordre mental constitue l'élément prépondérant de (son) état pathologique".

---

(1) Loi des institutions pour malades mentaux, S.R.Q. 1964, c. 166.

Les malades y étaient admis soit en cure libre, soit en cure fermée. Les malades admis en cure libre pouvaient quitter l'hôpital quand ils le voulaient, ceux admis en cure fermée devaient y demeurer. C'est au surintendant de l'hôpital seul que revenait la décision d'admettre un malade en cure libre ou en cure fermée.

L'admission pouvait avoir lieu de deux façons:

a) volontairement, sur présentation d'un certificat d'un médecin attestant que le malade souffrait de psychopathie et recommandant l'admission.

b) sur ordonnance d'un juge, lorsqu'un médecin était d'avis que "pour la protection de la vie d'un malade mental, ou pour la sécurité, la décence ou la tranquillité publique" il était nécessaire de faire admettre le malade dans une institution pour malades mentaux (art. 12).

Le congé du malade dépendait également exclusivement de la volonté du surintendant. Jusqu'à son congé, le malade en cure fermée ne pouvait quitter l'hôpital:

> "article 18: "Lorsqu'un malade traité en cure fermée quitte l'hôpital sans l'autorité du surintendant, celui-ci décerne une ordonnance de réintégration, qui peut être exécutée par un huissier, un constable ou un autre agent de la paix".

Il est important de noter que le malade dont aucune "personne responsable" n'acceptait de prendre la responsabilité à sa sortie de l'hôpital était condamné à ne pas pouvoir en sortir.

Voilà donc une législation qui était axée bien plus sur l'institution, ses besoins, ses pouvoirs sur le malade, que sur les besoins et les droits de celui-ci.

C'est ainsi qu'on a connu au Québec des institutions gigantesques: St-Jean-de-Dieu et St-Michel Archange, qui, en 1960, étaient devenues de véritables villes, peuplées de personnes sans droits, qui, une fois admises, n'avaient que très peu de chances d'en sortir.

Plusieurs interventions publiques, dont, en 1960 un livre intitulé "Les fous crient au secours" ont alerté la population sur le sort de ces personnes exclues de la société, et ont contribué au changement de la Loi, devenue en 1971, la Loi de la protection du malade mental.

1.2 La Loi de la protection du malade mental

A première vue, cette loi change complètement la philosophie de la loi antérieure, ne serait-ce que par son titre lui-même: l'accent est mis non plus sur l'institution mais sur le malade et son besoin de protection.

On précise d'emblée qui peut faire l'objet d'une intervention (article 2):

> "toute personne chez qui se manifestent des troubles d'ordre mental susceptibles de mettre en danger la santé ou la sécurité de cette personne ou la santé et la sécurité d'autrui".

C'est déjà plus précis que dans la loi antérieure. Cependant, nous verrons plus loin (cf. infra p.17) que même cette définition laisse encore considérablement à désirer.

On reconnaît officiellement dans la loi la psychiatrie: les évaluations, les décisions ne sont plus prises par de simples médecins, mais par des médecins dont on a reconnu la spécialisation dans les problèmes émotifs.

On tente de défaire les ghettos que constituaient les institutions aux termes de l'ancienne loi, en forçant tous les centres hospitaliers à recevoir des "malades mentaux" pour évaluation et pour traitement.

Les pouvoirs exorbitants que détenaient seuls les surintendants des institutions gigantesques auxquelles nous avons fait allusion sont maintenant exercés par au moins deux psychiatres et partagés avec une nouvelle institution, le Comité de révision.

En effet, l'on reconnaît au malade le droit de faire "réviser" les décisions de mise en cure fermée par un comité de révision. La section III de la Loi s'institule même "Droits des personnes en cure fermée".

Mais nous croyons qu'un examen attentif de cette loi sous l'angle des droits reconnus à la Charte des droits et libertés de la personne, plus particulièrement en ce qui a trait aux droits judiciaires, permet d'y déceler encore des lacunes fondamentales.

Nous n'avons pas l'intention dans les pages qui suivent de tracer l'histoire du concept de "folie" ou de "maladie mentale" à travers les âges, et du sort que l'on faisait alors subir à ceux que l'on avait identifiés comme "fous" ou "malades". D'autres l'ont déjà fait (2). Notre propos n'est pas non plus de contester, comme le font certaines écoles cliniques modernes, le concept même de "maladie mentale" (3).

Nous voudrions plutôt examiner les conditions auxquelles on peut intervenir de force pour l'évaluation et la mise en cure fermée. Nous voudrions aussi remettre en question au nom des droits et libertés de la personne certains principes ou certaines pratiques que la loi actuelle permet. Somme toute, notre but n'est pas de définir la maladie mentale mais de mettre en question les conséquences juridiques de cette étiquette dans la Loi de la protection du malade mental (4).

Le nom même de cette loi en définit le but explicite: la protection. L'histoire nous apprend, cependant, que c'est au nom de la "protection" qu'on rendait les femmes incapables d'administrer leurs biens et d'exercer le droit de vote. C'est au nom de la "protection" qu'on a privé les Indiens de certains droits reconnus aux blancs.

---

(2) Voir entre autres: M. FOUCAULT: Histoire de la folie à l'âge classique, 1972; T. SZASZ, Fabriquer la Folie, 1976.

(3) Voir entre autres: T. SZASZ, Le mythe de la maladie mentale, 1975.

(4) L.Q. 1972, c. 44, mod. par L.Q. 1974, c. 39, 43 et 71.

Nous croyons qu'il importe d'être sensible aux ambiguïtés que peut recouvrir ce concept de "protection" et aux injustices auxquelles il peut donner lieu, si de telles interventions protectrices ne s'accompagnent pas de règles de preuve et de procédure qui garantissent le respect des libertés fondamentales des personnes qui sont l'objet de telles interventions. Il faut garder à l'esprit la réflexion souvent citée du juge Brandeis (5):

> "Experience should teach us to be most on our guard to protect liberty when the government's purposes are beneficent... The greatest dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, well-meaning but without understanding".

Une chose est certaine: c'est que la personne mise en cure fermée perd sa liberté (6). Comme le dit Claude Albert Colliard (7):

> "Parmi les libertés publiques, il n'en est pas de plus importante, de plus essentielle que la liberté dite individuelle. Elle s'analyse, très simplement, comme l'état de l'homme qui n'est ni arrêté ni détenu, qui jouit donc de la possibilité d'aller et de venir".

Les conséquences de la cure fermée demandent qu'on se pose des questions et qu'on évalue ses règles très sérieusement. En vertu de quel principe une telle perte de droits est-elle justifiée? Quelle autorité a l'Etat pour enfermer des personnes contre leur gré quand elles n'ont pas posé des gestes criminels ou mis en péril la santé d'autrui? Qu'est-ce qui distingue les personnes enfermées de celles qui conservent leur liberté malgré qu'on les considère marginales ou différentes? Est-ce que la cure fermée est le seul ou le meilleur moyen de venir en aide aux personnes concernées?

---

(5) Olmstead v. U.S. 277 U.S. 438, 479 (opinion dissidente).

(6) On analysera plus loin la perte du droit d'administrer ses biens, qui est non moins traumatisant.

(7) Libertés Publiques, 5e éd., 1975, p. 218.

On entend souvent dire à propos de règles en droit criminel, qu'il vaudrait mieux que dix hommes coupables soient libérés plutôt que de risquer qu'un seul homme innocent soit emprisonné. Ce respect pour la liberté individuelle qui nous fait exiger un procès avec toutes les sauvegardes de la procédure qu'on trouve dans le domaine du droit criminel, devrait aussi se retrouver quand il s'agit de l'internement des malades mentaux.

Nous croyons qu'il doit sûrement exister un moyen de concilier la protection du malade mental et le respect intégral de ses libertés fondamentales.

Nous analyserons donc cette loi sous les aspects suivants:

- Le principe audi alteram partem et l'application des principes de justice naturelle, en ce qui concerne la perte de la liberté.
- Le droit de la personne d'administrer ses biens.
- Le "droit au traitement" et le droit à l'intégrité physique de la personne.
- Le droit à la vie privée et le droit de communiquer avec des personnes à l'extérieur.

2. LE PRINCIPE AUDI ALTERAM PARTEM ET L'APPLICATION DES PRINCIPES DE JUSTICE NATURELLE A LA PRIVATION DE LA LIBERTE

2.1 Introduction

L'article 23 de la Charte des droits et libertés de la personne (8) nous dit:

> "Toute personne a droit en pleine égalité à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle".

---

(8) L.Q. 1975, c. 6.

L'article 34 nous dit:

> "Toute personne a droit de se faire représenter par un avocat ou d'en être assistée devant tout tribunal".

L'article 35 nous dit:

> "Toute personne a droit à une défense pleine et et entière et a le droit d'interroger et de contre-interroger les témoins".

Tous ces droits devraient être respectés avant d'ordonner une cure fermée. Il faut se rendre compte que les effets d'une décision ordonnant la cure fermée sont analogues à ceux qui résultent d'un procès criminel et ses effets peuvent même être pires. Le patient en cure fermée est sujet à une privation de liberté d'une durée indéterminée (9) et est susceptible de subir un traitement chimique et physique dont les effets peuvent être nocifs.

2.2 La jurisprudence québécoise

Aussi tôt qu'en 1906, la Cour d'appel, en accueillant une requête en habeas corpus pour une femme accusée de folie, a fait preuve d'une préoccupation pour les libertés individuelles dans ce domaine(10). Le juge de première instance avait accepté un témoignage non assermenté et avait ordonné que la femme reste en prison afin de subir un examen médical. Le juge Hall a insisté sur le fait que l'accusée n'était pas présente à l'audition (11):

> "I cannot think it possible that this procedure can validly take place, out of the view and hearing of the accused person and we can easily imagine, if such a method were adapted, that a flagrant abuse of personal liberty might be effected, under the colour of legal procedure".

(9) Un prisonnier sait dès le début combien de temps il restera en prison, tandis que le patient est sujet aux examens périodiques, l'un après 21 jours, l'autre après trois mois, et ensuite tous les six mois (l'article 23 de la loi). Donc, il sait qu'il a perdu sa liberté pour une durée entre 21 jours et la vie.

(10) In Re Sarrault (1906) 15 B.R.3.

Un autre arrêt décidait du bien-fondé d'une requête en annulation d'une interdiction pour démence. La demanderesse avait démontré qu'aucune preuve de démence ou d'aliénation mentale n'avait été faite devant le juge ou le protonotaire. La seule preuve venait d'un certificat du surintendant de l'hôpital. La Cour a précisé (12):

> "Dans une demande en interdiction, comme dans toute autre instance, le demandeur a le fardeau d'établir les allégations essentielles de sa demande par une preuve légale et complète. Il doit justifier pleinement la nécessité de l'interdiction et de l'internement, puisque la liberté d'un citoyen est en jeu... Les choses les plus chères à tout citoyen sont sa liberté et la pleine jouissance de ses biens. Il va de soi que la justice ne doit intervenir pour l'en priver que lorsqu'il est clairement démontré qu'il y a nécessité absolue de le faire, dans son propre intérêt et non dans celui de ses proches".

Dans Dame L. v. Larue (13), il s'agissait de la requête en habeas corpus devant la Cour d'appel d'une femme incarcérée dans un hôpital pour malades mentaux. Dans ce cas, on a examiné la notion de "danger". Le psychiatre a admis qu'elle n'était pas "dangereuse" dans le sens de présenter un risque de violence physique. Mais le psychiatre a maintenu que sa conduite pourrait être "dangereuse" dans le sens qu'elle était anti-sociale et pourrait causer des dommages à son mari dans ce sens.

Le juge a répondu (14):

> "Even if petitioner should write letters or make telephone calls denouncing her husband, there is nothing in the record to indicate that he would suffer anything worse than social embarassement from such denunciation".

---

(12) Dame R. v. Johnson, 1946, C.S. 101.
(13) (1959), B.R. 549.
(14) Id., p. 555.

Tout en exprimant son profond respect pour la compétence professionnelle du psychiatre, le juge a conclu qu'il n'a pas accordé suffisamment d'importance au droit à la liberté de tout être humain, même d'une femme âgée sujette aux hallucinations.

Enfin, la Cour d'appel a encore considéré l'importance du droit à la liberté dans un cas où un psychiatre a recommandé qu'un homme soit mis en cure fermée, sur les seules recommandations de sa femme et de sa fille, alors qu'il n'avait pas vu cet homme depuis deux ans (15). La Cour a accordé $1 500 de dommages. Cette décision a pourtant été renversée par la Cour suprême (16), pour la raison que la signature sur le certificat demandant l'internement n'était pas celle du défendeur mais d'un autre médecin dont la Cour a présumé qu'il avait fait sa propre enquête.

Nous avons soulevé cette jurisprudence pour montrer que la considération des libertés publiques dans le domaine des "maladies mentales" n'est pas un phénomène nouveau dans le droit québécois (17).

2.3 Le respect de la justice naturelle dans la Loi de la protection du malade mental, en ce qui concerne la perte de la liberté

L'article 13 de la Loi permet une requête pour une ordonnance dans le cas où une personne refuse de se soumettre à la cure fermée. Il semble donc évident que les personnes qui ne sont pas conscientes de leurs droits peuvent aller en cure fermée sans jamais penser qu'il y a un moyen de protéger leur liberté. Au cas de refus de la personne visée, la requête doit lui être signifiée selon l'article 15. Cette règle générale trouve une exception dans le deuxième alinéa de cet article, qui permet au juge de dispenser de la signification s'il y va de la santé ou de la sécurité de cette personne ou d'autrui ou s'il y a urgence.

Même dans le cas où la personne se présente devant le juge, elle n'a aucune occasion de se défendre sur les mérites de l'action, parce que l'article 16 dit expressément que le juge ne doit pas se prononcer sur l'état mental de la personne mais doit uniquement vérifier si toutes les exigences de la loi ont été remplies.

---

(15) X. v. Y. (1970), C.A. 795.
(16) Coulombe v. Watier (1973). S.C.R. 673.
(17) Pour de la jurisprudence supplémentaire, voir infra, section 3.2, pp. 21-23.

L'article 20 précise que la Commission des affaires sociales est chargé de réviser la décision quant au fond.

Ici, on doit se demander comment on peut "réviser", quant au fond, une décision qui n'a porté que sur la procédure. On se rend compte aussi que les personnes qui n'ont pas été avisées de leurs droits dès le début risquent de n'être jamais entendues sur le fond.

Nous trouvons que la combinaison de tous ces articles pose de graves problèmes quant à la justice naturelle et le droit de toute personne de recevoir une audition impartiale de sa cause (l'article 23 de la Charte). L'article 13 exige une ordonnance uniquement dans le cas où la personne refuse la cure fermée et l'article 46 exige une révision des décisions uniquement quand une demande est faite à ce sujet. Il nous semble essentiel que toute personne ait une audition de sa cause et pas uniquement celles qui ont la conscience et la présence d'esprit de la demander. Les droits les plus fondamentaux ne devraient pas être réservés à ceux qui font la demande. C'est comme si en droit criminel on incarcérait tous les prévenus sans comparution ni procès en n'accordant de procès qu'à ceux qui en feraient une demande.

2.4 La situation en droit américain

Nous ne voulons pas suggérer que le droit québécois doive obéir aux mêmes règles que le droit américain. Il nous semble plutôt qu'un survol de celui-ci permettrait de découvrir les possibilité que celui-ci offre et les données nécessaires à considérer dans l'application des règles de justice naturelle. Voici d'abord les principaux critères que retiennent les tribunaux (certains de ces critères sont déjà consacrés dans la législation de plusieurs Etats et sont appliqués même quand la législation ne les énonce pas, les tribunaux invoquant alors les principes des droits fondamentaux).

2.4.1 Signification et préavis

Généralement, les lois font une distinction entre la détention en cas d'urgence et la cure fermée régulière (emergency detention and involuntary commitment). On peut suivre des procédures moins strictes dans le cas d'urgence mais toute personne a droit à une audition complète quand il s'agit d'une cure fermée (18). Une Cour fédé-

---

(18) Pour une étude des variations dans les statuts voir: Note, "Developments in the Law, Civil Commitment of the Mentally Ill", (1974) 87 Harv. L. Rev. 1190, cité Developments, ci-dessous.

rale a statué que l'application régulière de la loi (due process) exige qu'une personne ne puisse pas être incarcérée plus que 48 heures sans une audition de "probable cause" (19). Le même tribunal a aussi dit qu'on ne devait pas attendre plus qu'entre 10 et 14 jours avant une audition pleine et entière (20).

Le principe a aussi été établi qu'un préavis doit être envoyé suffisamment à l'avance pour permettre la préparation d'une défense. Les tribunaux ont unanimement conclu que la mention de la date, de l'heure et de l'endroit n'est pas suffisante: le patient a le droit d'être avisé des motifs invoqués pour sa détention, des critères qui vont présider à sa détention, des noms des médecins et des autres témoins ainsi que du contenu de leur témoignage (21).

Soulevons, ici, une objection qui est souvent faite à propos de l'idée d'une audition pleine et entière pour les "malades mentaux". On pourrait prétendre que le préavis de l'audition peut être traumatisant pour la personne concernée. Plusieurs tribunaux ont insisté sur l'iniquité de cette objection (22).

Premièrement, la présomption de traumatisme présuppose que la personne est un malade mental avant que l'audition ait établi ce fait. De plus, interner une personne, malade ou non, sans explication, et sans préavis, risque d'engendrer des traumatismes. Troisièmement, l'argument ignore le fait que même une courte détention dans une institution mentale peut entraîner des effets à long terme (on pense ici à la stigmatisation); l'hospitalisation d'une personne sans raison valable peut en soi causer un grand traumatisme. Enfin, la signification est absolument nécessaire afin que la personne puisse préparer sa défense en pleine connaissance de cause.

---

(19) Lessard v. Schmidt, (1972) 349 F. Supp. 1078, vacated on other grounds, 414 U.S. 473, mod. 379 F. Supp. 1376, vacated on other grounds, 421 U.S. 957 (1975), affd. on rehearing (1976) 413 F. Supp. 1318.

(20) Les tribunaux ont unanimement reconnu qu'une audition finale est un prérequis de l'application régulière de la loi. E.g. Suzuki v. Quisenberry (1976) 411 F. Supp. 1113.

(21) Dorémus v. Farrell, (1975) 407 F. Supp. 509; Bell v. Wayne County Gen. Hosp. (1974) 384 F. Supp. 1085; Lynch v. Baxley (1974) 386 F. Supp 378.

(22) Lessard v. Schmidt, supra, note 16; Bartley v. Kremens (1975) 402 F. Supp. 1039, (1976) 96 S. Ct. 1457. Dans Bartley, le droit à l'application régulière de la loi était appliqué spécifiquement dans la cause des mineurs internés à la demande de leurs parents.

Les mêmes tribunaux ont aussi établi que l'exigence de présence inclut le droit de ne pas être alors sous l'influence des drogues en disant que si une personne est obligée de prendre des drogues avant l'audition, il est improbable qu'elle puisse alors y participer d'une façon significative (23).

2.4.2 Le droit à l'avocat

Les tribunaux ont unanimement décidé que les patients ont le droit à un avocat à toute étape de la procédure de mise en cure fermée (24). La Cour suprême avait déjà suggéré, dans le cas d'un jeune délinquant, que la présence d'un avocat aide à apaiser les peurs et les soupçons d'une personne (25). On a de plus démontré que moins de personnes sont mises en cure fermée quand des avocats sont présents (26).

2.4.2.1 Le rôle de l'avocat

Une fois qu'on reconnaît le droit à un avocat, il faut se demander quel rôle il doit assumer (27). Si on reconnaît au patient le droit d'être représenté par un avocat à toute étape de la procédure, il se peut que certains facteurs empêchent l'avocat de jouer son rôle selon son style et sa technique habituels. Par exemple, l'avocat pourra être découragé par le point de vue du juge et du psychiatre que la décision de mettre une personne en cure fermée est strictement une décision médicale et ne requiert aucune intervention de la part de l'avocat. Certains auteurs vont jusqu'à soutenir que l'avocat devrait demander la cure fermée quand il croit que cela serait

---

(23) Voir Dorémus, Lessard, Suzuki, Lynch, supra notes 20, 21, 22.

(24) Supra, notes 21, 22.

(25) In re Gault, 387 U.S. 1, p. 38, nº 65 et les sources citées.

(26) GUPTA, "New York's Mental Health Information Service: An experiment in Due Process", (1971) 25 Rut. L. Rev. 405.

(27) Par exemple, dans une audition de cure fermée au Texas, 40 patients en puissance étaient sur le rôle une matinée. Un seul avocat, sans aucune expérience dans le domaine était assigné à toutes ces causes. Il n'avait pas rencontré les clients avant l'audition. Parmi les 40 patients seulement, deux étaient présents. L'audition a duré 75 minutes et l'avocat a reçu $400 pour ses services. De telles circonstances ne répondent certainement pas aux critères de droit à un avocat. Voir Developments, supra, note 18, p. 1284, nº 122.

dans l'intérêt de son client (28). Cependant, il y a danger qu'en prenant ainsi un rôle paternaliste, l'avocat ne défende pas les véritables intérêts de son client.

Dans un procès ordinaire, le juge et l'avocat ont des rôles bien définis. Le juge établit les faits et interprète la loi et l'avocat défend les intérêts et, surtout, les droits de son client en contre-interrogeant les témoins et en exigeant toujours qu'on pèse sérieusement les preuves. Dans des arrêts récents, les tribunaux ont exigé que dans un cas de cure fermée, l'avocat ait une possibilité d'échanger avec son client, d'enquêter sur le bien-fondé des allégations et fasse valoir tous les droits de son clients (29).

Le seul cas où on pourrait accepter que le défendeur soit exclu de l'audience est celui où sa présence empêcherait tellement le déroulement normal de l'audition que celle-ci ne pourrait avoir lieu. On ne peut évidemment pas prendre une telle décision avant l'audition, et cette décision ne peut être fondée ni sur l'opinion des psychiatres ni sur celle de l'avocat. Un jugement va jusqu'à dire que si le déplacement du patient s'avère "improper and unsafe" on doit rechercher une autre formule d'audition (par exemple, à l'hôpital) avant de conclure à la nécessité de l'exclusion du défendeur (30).

L'avocat a l'obligation de défendre son client avec zèle et se présenter fidèlement son point de vue quand il refuse le traitement. Donc, l'avocat n'a pas à défendre les meilleurs intérêts de la société; ce devoir appartient au juge et celui-ci ne peut le remplir efficacement que si on lui présente des points de vue et des intérêts opposés. C'est en épaulant le droit à la liberté de son client, que l'avocat exerce son véritable rôle.

Mais encore faut-il, pour que l'avocat puisse remplir efficacement son rôle, que de véritables droits soient reconnus par la loi à son client.

Il est à noter ici que la Loi de la Commission des affaires sociales (31) prévoit, à l'article 35, que la Commission doit s'assurer, lorsqu'elle entend une demande de révision sous la Loi de la protection du malade mental

---

(28) Voir par exemple: COHEN, "The Function of the Attorney and the Commitment of the Mentally Ill", (1966) Tex. L. Rev. 425.

(29) Lessard v. Schmidt, supra, note 19; Quesnell v. State (1973) 517 P2d 586; State ex. re. Hawks v. Lazaro (1974) 202 S.E. 2d 109.

(30) Bell v. Wayne County Hospital, supra, note 21.

(31) L.Q. 1974, c. 39 et amendements.

que le patient a eu l'occasion de retenir les services d'un avocat. Néanmoins, il faut signaler que l'audition n'a pas lieu systématiquement et que ceux qui n'ont pas la présence d'esprit de revendiquer leur droit à une audition sur le fond ne seront jamais entendus (3 .

4.3 Le fardeau de la preuve

En matière civile, le fardeau de la preuve en est un de prépondérance. En matière criminelle, on exige au contraire la preuve "hors de tout doute raisonnable". Quel fardeau doit-on appliquer dans une procédure d'internement? Dans In re Winship (33), le juge Harlan a suggéré que le fardeau de la preuve soit en fonction du coût social d'une erreur dans la décision; plus fondamental est le droit affecté, plus importants sont les effets d'une décision privant une personne de ce droit.

Selon le juge Harlan, dans les procès civils, on considère que le montant des dommages-intérêts n'a que peu d'effet sur la société, et on applique donc la prépondérance de la preuve. Avec cette méthode, le risque est distribué équitablement. Par contre, dans un procès criminel, la liberté de la personne est en jeu et donc les désavantages d'une décision erronée augmentent. L'intérêt en question a une valeur transcendante et la société souffre beaucoup plus quand un homme innocent subit une condamnation que quand un homme coupable est libéré. Pour cette raison le fardeau de la preuve est beaucoup

---

(32) Notons ici que quotidiennement beaucoup de personnes, y compris les "sains d'esprit" n'exercent pas les recours disponibles chaque fois que quelqu'un a brimé leurs droits. Il ne faudrait pas croire que parce qu'une personne n'a pas demandé de révision, elle reconnaît ainsi qu'on lui a rendu justice. Dans un document réalisé à la demande de l'Association des hopitaux de la Province du Québec, "L'information du malade mental en cure fermée sur ses droits et recours pour contester sa cure" les docteurs Grunberg et Fréchette on dû conclure que 88.5% des personnes en cure fermée dans un échantillon de 40 patients hospitalisés au Québec n'avaient aucune information sur la Commission de révision. Quatre-vingt pour cent des patients ne souffrant d'aucune difficulté de compréhension ne connaissaient pas la Commission de Révision.

(33) (1970) 397 U.S. 358.

plus considérable dans les causes criminelles (34).

En droit civil, le degré de preuve exigé est la prépondérance de la preuve tandis qu'en droit pénal, il faut faire une preuve hors de tout doute raisonnable. Certains tribunaux américains ont exigé, dans les cas de mise en cure fermée, une preuve hors de tout doute raisonnable (35). Mais certains tribunaux ont exigé un degré de preuve à mi-chemin entre la preuve prépondérante et la preuve hors de tout doute raisonnable, à savoir une preuve claire, concluante et convaincante (clear, cogent and convincing evidence) (36).

Nous sommes d'avis que l'exigence d'un tel degré de preuve aurait pour effet d'éviter des décisions arbitraires quand il s'agit de cure fermée. Comme il s'agit de la liberté d'une personne, les risques d'erreurs devraient plutôt être pris en faveur de la liberté qu'en faveur de l'internement.

---

(34) Id., p. 371-372 (Harlan, J. concurring).

(35) Lessard v. Schmidt, supra, note 19, In re Ballay (1973) 482 F2d 648.

(36) Lynch v. Baxley, Doremus v. Farrell, supra, note 21; Bartley v. Kremens, supra, note 22; Hawks v. Lazaro, supra, note 29. La Loi de Pennsylvanie exige "clear and convincing" evidence. Voir: Note, "Pennsylvania's New Mental Health Procedures Act: Due Process and the Right to treatment for the Mentally Ill," (1977) 81 Dickinson L. Rev. 627; La Loi du Montana exige une preuve "hors de tout doute raisonnable" pour les faits et la preuve physique; "reasonable medical certainty" pour la preuve de désordre mental; un acte récent et évident pour la dangerosité et "clear and convincing évidence" pour toute autre matière. Voir TROLAND, "Involuntary Commitment of the Mentally Ill", 1977, 38 Mont. L. Rev. 307.

2.4.4 L'examen de solutions moins radicales

Certains jugements ont aussi décidé que la personne qui demande la cure fermée doit porter le fardeau de prouver: 1° les solutions disponibles autres que la cure fermée; 2° lesquelles parmi celles-ci on a examinées; 3° les raisons pour lesquelles les autres solutions n'ont pas paru appropriées (37). Les choix peuvent comprendre le traitement en clinique externe, traitement de jour dans un hôpital, traitement de nuit dans un hôpital, la soumission à la garde d'un ami ou un parent, le traitement dans une maison de convalescence aussi bien que le traitement dans un clinique communautaire de santé mentale, et enfin les services de santé à domicile (38).

2.5 RESUME ET APPLICABILITE DE CES PRINCIPES EN DROIT QUEBECOIS

Les principes de justice naturelle du droit américain énoncés dans les sections précédentes pourraient facilement être appliquées en droit québécois. Ces principes sont d'ailleurs contenus implicitement dans les droits judiciaires protégés par la Charte. Nous trouvons néanmoins nécessaire d'insister sur deux points importants.

Premièrement, il faut faire une distinction entre le cas d'urgence et celui de la mise en cure fermée. Il faut reconnaître en effet qu'il y a des cas d'urgence, des cas de crise, où il ne peut être question de convoquer un juge et des avocats pour plaider le pour et le contre de l'hospitalisation. Nous sommes d'avis que, dans ces cas, les critères de la loi actuelle de la protection du malade mental puissent s'appliquer.

---

(37) Supra, note 35.

(38) Voir: PERRY, J.W., Roots of Renewal in Myth and Madness, 1976, où l'auteur décrit son expérience avec son centre à San Francisco, une maison de trois étages où les personnes disposent d'un endroit pour vivre leurs expériences psychotiques, sans médicaments.

Ceci étant admis, il serait important de s'assurer qu'après un délai raisonnable, probablement pas plus que 14 jours (voir section 2.4.1), la personne concernée aie droit à une audition impartiale qui respecte les règles de justice naturelle.

Deuxièmement, à cause des conséquences radicales de la cure fermée sur la liberté des personnes, il serait important que ces causes soient entendues non par la Commission des affaires sociales ou un autre tribunal administratif, mais par les tribunaux ordinaires. En effet, une question aussi importante que la liberté d'un être humain ne nous semble pas être du ressort d'un tribunal administratif des décisions duquel il n'y a pas d'appel.

2.6 Critique du critère fondé sur l'état mental "susceptible de mettre en danger la santé ou la sécurité de cette personne ou la santé ou la sécurité d'autrui"

Pris littéralement, ce critère pourrait nous amener à conclure que beaucoup de personnes sont susceptibles de mettre en danger à un moment ou à un autre la santé ou la sécurité de soi ou d'autrui. Ainsi, tout fumeur pourrait être susceptible d'être mis en cure fermée à cause du danger qu'il présente pour lui-même; tout détenteur d'un permis de conduire, pour le danger éventuel qu'il présente à lui-même et à autrui. Même si nous reconnaissons que les psychiatres n'appliqueront pas le critère de façon aussi stupide, la question demeure de savoir à quel moment la menace de danger justifiera la cure fermée. Il n'y a rien dans la loi pour aider le psychiatre à définir le degré de danger requis.

Par ailleur, certaines études récentes suggèrent que les psychiatres ne sont pas nécessairement plus aptes que l'homme de la rue à prédire qu'une personne est dangereuse (39).

---

(39) Voir ZISKIN, Coping with Psychiatric and Psychological Testimony. 2e ed., 1975; ROSENHAN, D.I., "On Being Sane in Insane Places," (1973) 179 Science 250, ENNIS B. and LITEVACK I., "Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom", (1974) 62 Cal. L Rev. 693; Corozza and Steadman, "The Failure of Psychiatric Prediction of Dangerousness: Clear and convincing Evidence", (1976) 29 Rut. L Rev. 1084.

Il nous paraîtrait donc préférable de définir la "dangerosité". On pourrait par exemple, exiger la preuve que la personne présente un risque de danger physique grave: (un tel critère restreint le nombre de citoyens susceptibles d'être mis en cure fermée et limite les risques d'abus de pouvoir de la part de ceux qui appliquent les lois); de plus, il faudrait prouver un acte manifeste, posé récemment. Enfin, il faudrait prouver qu'il y a une grande probabilité qu'un autre acte semblable sera posé dans un avenir immédiat (40).

La Cour d'appel ayant déjà en 1906 souligné qu'il serait contraire à l'ordre public d'enfermer un citoyen qui n'aurait pas été présent lors d'un témoignage contre lui, et d'accepter un témoignage écrit sur sa santé mentale (41), il nous semble qu'en 1978, on peut se demander si l'on n'a pas fait un pas en arrière dans la protection des droits individuels. Ne devrait-on pas alors remédier à cette situation?

---

(40) Ces critères ont été adoptés dans la Loi de Pennsylvanie. Cette loi accorde une protection spéciale pour les patients admis pour le danger qu'ils présentent à eux-mêmes. L'article 305 exige que ces patients soient soumis à une solution moins restrictive lorsque, après 22 jours, ils ne font pas l'objet d'un jugement affirmant qu'une telle libération serait contraire à leurs intérêts. Une telle protection semble appropriée, étant donné que le traitement est censé protéger l'individu et non la société, ce qui est le cas d'une personne jugée dangereuse pour autrui. La Loi de Massachusetts (Mass. Gen. Laws. Ann. c. 1238 (1972) définit "likelihood of serious harm" comme: li

> (1) a substantial risk of physical harm to the person himself as manifested by evidence of threats of, or attempts at, suicide or serious bodily harm;
>
> (2) a substantial risk of physical harm to other persons as manifested by evidence of homicidal or other violent behavior or evidence that others are placed in reasonable fear of violent behavior and serious physical harm to them; or
>
> (3) a very substantial risk of physical impairment or injury to the person himself as manifested by evidence that such person's judgment is so affected that he is unable to protect himself in the community and that reasonable provision for his protection is not available in the community.

(41) Supra, note 10.

2.7 CONCLUSION

Les considérations ci-dessus nous portent à conclure à la nécessité de réviser la procédure de mise en cure fermée et de révision, et la notion de "dangerosité" dans la Loi de la protection du malade mental. Nous suggérons en ce faisant, de considérer les impératifs suivants, qui nous semblent procéder des règles de justice naturelle et de la Charte des droits et libertés de la personne.

1. Dans les cas d'urgence, une procédure semblable à celle que l'on prévoit actuellement, aboutissant à une ordonnance provisoire d'une durée maximum de 14 jours, et fixant la date d'audition au mérite dans ce délai.

2. Le droit à une audition impartiale avec un préavis adéquat à la personne concernée.

3. Une audition devant un tribunal impartial, qui ne soit pas un tribunal administratif.

4. Le droit à une défense pleine et entière avec l'assistance d'un avocat.

5. Le droit d'être présent à l'audition.

6. Le droit de contre-interroger les témoins et de présenter une preuve.

7. La preuve "claire, concluante et convaincante".

8. Un examen attentif des solutions moins radicales.

9. Un véritable droit d'appel.

10. Une définition de "dangerosité" qui comporte l'existence d'un danger physique, d'un acte récent et manifeste ainsi que d'une grande probabilité que tal acte manifeste sera posé dans un avenir immédiat.

3. LE DROIT DE LA PERSONNE D'ADMINISTRER SES BIENS

> "Toute personne a droit à la jouissance paisible et à libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi".
> (Charte des droits et libertés de la personne, art. 6).

3.1 L'état du droit selon la Loi de la protection du malade mental et la Loi de la Curatelle publique

L'article 8 de la Loi de la protection du malade mental oblige le psychiatre dans son rapport de faire état de la capacité de la personne d'administrer ses biens. L'article 10 oblige le directeur des services professionnels du centre où s'est tenu l'examen de transmettre le certificat de l'incapacité d'administrer ses biens au curateur public.

L'article 6 de la Loi de la curatelle publique (42) proclame:

> "Le curateur public est curateur d'office de tout malade mental qui n'est pas pourvu d'un tuteur ou d'un curateur et dont l'incapacité d'administrer ses biens est attestée par certificat du directeur des services professionnels ou de tout médecin autorisé par celui-ci dans l'établissement où ce malade est traité".

L'article 7 de la même loi déclare:

> "Le curateur public a, sur la personne et sur sur les biens du malade, ou, si un curateur à la personne est nommé, seulement sur les biens, les pouvoirs et obligations d'un tuteur; toutefois, il n'a pas la garde de la personne".

Nous voyons donc que sans aucune audition impartiale, sans jamais avoir eu le droit de présenter une preuve contraire ou le droit de se défendre, une personne peut se trouver privée du droit de gérer ses biens, et le curateur public devient par cette attestation, non seulement curateur aux biens, mais aussi à la personne (43). Il n'y a même pas une disposition dans les lois qui garantisse que la personne sera notifiée qu'une telle décision

---

(42) L.Q. 1971, c. 81.
(43) Pour les effets juridiques de cette disposition, voir infra, section 3.2.

a été prise à son égard, au nom de sa "protection". A toutes fins pratiques, c'est le médecin qui décide unilatéralement et sans appel d'un problème qui traditionnellement a toujours été soumis au tribunal et aux règles de justice naturelle.

Sur ce point, rappelons les mots du juge Denis qui en considérant une cause en interdiction devant la Cour supérieure en 1936 a dit (44):

> "Considérant que les motifs pour lesquels la requête en interdiction doit être signifiée personnellement au défendeur sont tellement impérieux, même en l'absence d'un texte qu'on ne saurait sans s'exposer à commettre les injustices les plus graves, procéder à l'interdiction d'une personne sans l'exécution préalable de cette formalité; la personne que l'on cherche à faire interdire est un véritable défendeur et c'est ainsi qu'on l'a désignée tant en France que dans notre Code civil; or, comment pourra-t-on jamais concevoir l'injustice subie par un défendeur contre lequel un jugement d'une extrême importance est rendu, affectant à la fois sa personne et ses biens, sans la signification d'une action, c'est-à-dire sans la connaissance du procès qu'on lui fait et du jugement qu'on rend contre lui en son absence, un tel état de chose répugnerait aux notions même les plus rudimentaires du droit et de la justice;..."

3.2 Les droits en cas d'interdiction, selon le Code Civil et le Code de Procédure Civile

Selon le Code Civil, traditionnellement, on avait toujours le droit de se défendre contre une requête en interdiction (45). Actuellement, les mêmes droits existent, mais une exception est faite pour les gens déjà internés dans un hôpital pour malades mentaux (46). D'abord, la demande d'interdiction peut être faite devant un juge ou devant le protonotaire et la requête doit être signifiée à la personne concernée (contrairement à l'exception trouvée

(44) Dupre v. Papillon (1936-37) R.P. 321, 337.

(45) Chatelle v. Chatelle (1912) 21 B.R. 158; Dupré v. Papillon (1936-37) 40 R.P. 321; Dame R. v. Johnson (1946) C.S. 101; Dame Robidoux v. Robidoux (1955) B.R. 322; Thibodeau v. Dufort (1956) R.L. 377 (Cour supérieure); Dame L. v. Larue (1959) B.R. 549; Yelle v. Cerevier (1962) B.R. 654; Péladeau (1964) C.S. 584; Ouellet c. Ouellet (1972) R.P. 190; Dame Sevigny v. Dame Roy (1973) C.S. 82.

(46) Article 878 C.P.C. On pourrait demander si les gens en cure fermée dans les hôpitaux généraux pourraient toujours se prévaloir des droits énoncés par le Code de Procédure Civile.

à l'article 15 de la loi) (47). Toutefois, si la demande est contestée, elle doit être portée devant un tribunal (article 863 C.P.). La personne doit être interrogée par le juge ou le protonotaire (article 878 C.P.). La nécessité de cette étape a été soulignée par le juge Denis dans Dupré v Papillon (48).

> "Considérant que la personne dont on demande interdiction doit se rendre auprès du juge ou du protonotaire pour y être interrogée; quand il lui est impossible de faire cette démarche, le juge ou le protonotaire va l'interroger à son domicile, l'intérêt de cette personne exige que la règle ci-dessus soit observée, car c'est à l'occasion de cette démarche qu'on pourra juger en grande partie de son état physique et mental (49).

La personne concernée a aussi le droit de faire entendre des témoins pour contredire la preuve apportée par le requérant et tous les témoignages doivent être recueillis conformément aux dispositions exigeant les dépositions prises en sténographie (article 879 C.P.). L'article 1204 C.C. exige la meilleure preuve et une preuve secondaire ne peut être acceptée que si la meilleure ne peut être fournie.

Dans le cas Péladeau, le juge Duranleau a dit (50):

---

(47) Voir supra, section 2, 3, p. 9.

(48) Supra, note 44.

(49) Soulignons ici que dans une circulaire préparée par le ministère des Affaires sociales en collaboration avec l'Association canadienne pour la santé mentale, division du Québec, on produit un modèle d'un formulaire de requête pour examen psychiatrique. Le point 6 de la requête dit "le requérant demande à la Cour de le dispenser de signifier la présente requête à l'intimé car il y va de la santé et de la sécurité de l'intimé et il y a urgence". Le formulaire semble prendre pour acquis que cette procédure exceptionnelle sera appliquée dans tous les cas.

(50) 1964, C.S. 584, 589.

> "Or, dans la présente cause, la preuve médicale qui a été admise...est une preuve absolument illégale, consistant en de simples certificats de médecins, alors que la meilleure preuve aurait été certainement le témoignage de ces médecins... Il ne faut pas oublier que l'interdiction est d'ordre public, que l'observation des formalités est impérieuse, que toute la procédure doit être suivie strictement et que le tribunal doit ex officio prendre connaissance des illégalités dont peuvent être entachées les procédures, même de celles dont la personne interdite ne s'est pas prévalue."

Enfin, le défendeur en cas d'interdiction a le droit d'en appeler de la décision du tribunal (article 26(3) C.P.).

Nous pouvons voir une grande différence entre la protection donnée traditionnellement par le Code civil et le Code de procédure civile et la protection accordée dans la Loi de la protection du malade mental et la Loi du curateur public où les droits procéduraux ne sont pas respectés. Il faut signaler ici que la procédure décrite ci-dessus concernant l'interdiction par un juge n'est pas nécessaire si la personne est déjà internée dans un hôpital pour malades mentaux. Dans ce cas, la seule preuve nécessaire est un certificat du surintendant de l'hôpital (article 878). On aperçoit le cercle vicieux. Une requête d'interdiction demande que tous les droits judiciaires soient respectés. On peut cependant faire interner quelqu'un en cure fermée, sans respecter ces droits, et le fait qu'il soit interné l'empêche d'exercer ses droits judiciaires. Une telle situation ne devrait pas exister.

3.3 Recommandations

Etant donné que des droits fondamentaux sont mis en jeu dans cette question, nous suggérons que la plupart des recommandations formulées à propos de la perte de liberté résultant de la cure fermée soient retenues aussi pour la question de la perte du droit de gérer ses biens. Cela signifie un préavis adéquat d'audition à la personne concernée, une audition devant un tribunal impartial, le droit à une défense pleine et entière avec l'assistance d'un avocat, le droit de contre-interroger

les témoins et de présenter une preuve et enfin le droit de loger un appel.

Nous voudrions souligner une recommandation finale qui a déjà été proposée dans la section deux: Un examen attentif des solutions moins radicales. Comme nous l'avons déjà dit, il n'est pas possible de considérer qu'une alternative, ou bien la personne est en cure fermée ou bien elle garde sa liberté complète, ce qui peut poser des problèmes graves pour son entourage. On a suggéré qu'il fallait considérer d'autres solutions: par exemple, le traitement en clinique externe, la soumission à la garde d'un ami ou un parent, le traitement dans une maison de convalescence.. Nous suggérons la même considération dans toute décision prise sur la capacité d'administrer les biens. Il se peut que dans certains cas, une personne soit capable d'administrer certains biens et pas d'autres. Le tribunal ne devrait pas se sentir obligé de prendre une décision n'offrant comme alternative que: "tout ou rien". La personne devrait avoir le droit d'administrer tous les biens dont il est capable, et le reste pourrait être administré par le curateur public ou privé (51). Il semble que plus une personne assume de responsabilités sur sa propre vie, plus grandes sont ses chances de guérir rapidement. La perte de toute responsabilité pour une personne et le fait de la rendre totalement dépendante d'autres ne peut manquer, dans certains cas, d'être anti-thérapeutique.

4. LE "DROIT AU TRAITEMENT" ET LE DROIT A L'INTEGRITE PHYSIQUE DE LA PERSONNE

4.1 Introduction

Le problème qui se présente dans cette section relève de la considération d'un droit qui est reconnu depuis un certain temps et d'un autre droit qui n'a été articulé pour la première fois qu'en 1960. En effet, le droit à l'inviolabilité de la personne humaine est reconnu à l'article

---

(51) Le Code civil prévoit déjà une solution moins radicale dans le cas d'une requête en interdiction en permettant l'affectation d'un conseil judiciaire dont les pouvoirs peuvent être définis dans la sentence (tenant compte bien sûr de chaque cas d'espèce) article 349-351 CC.

19 du Code Civil et à l'article 1 de la Charte (52). Le "droit au traitement" qui concerne surtout des personnes internées, a été articulé pour la première fois dans un article qui suggère qu'une personne privée de sa liberté à cause de troubles mentaux, et qui ne reçoit pas de traitements, ne serait plus un patient, mais un prisonnier (53). Ce "droit au traitement" a été reconnu dans les documents de travail du Comité de la santé mentale du Québec (54) et par l'Association des hôpitaux de la province du Québec (55).

La notion de "droit au traitement" pose les mêmes problèmes que celle de "protection". (Voir, supra, section 1.2). On peut se demander en effet comment on pourrait être "contre" le bien de quelqu'un en contestant son "droit au traitement". Cependant, le problème est d'identifier le titulaire du pouvoir de décision, décision censée prise dans "le meilleur intérêt" de la personne internée?

Le juge en chef Burger de la Cour suprême américaine, dans un arrêt récent décrit ainsi le dilemme (56):

> "The State may (not) lawfully confine an individual thought to need treatment and justify that deprivation of liberty solely by providing treatment. Our concept of due process would not tolerate such a "trade off".

Le principal danger que recèle le "droit au traitement" est la possibilité pour l'Etat d'interner des personnes socialement indésirables dans le but de les endoctriner ou de s'assurer que leurs croyances soient conformes à celles de l'Etat.

Soulignons ici, que le droit au traitement pour toute personne est reconnue à l'article 4 de la Loi sur les services de santé et les services sociaux (57). Mais,

---

(52) Pour une étude approfondie de ce droit au Québec Voir: A. MAYRAND, L'inviolabilité de la personne, 1975.
(53) Editorial, "A New Right" (1960) 46 A.B.A.J. 516.
(54) Février 1978, pp. 5-6.
(55) Septembre 1977, section V.
(56) O'Connor v Donaldson (1975) 422 U.S. 563, 589.
(57) L.Q. 1971, c. 48.

il est certain qu'on n'est pas obligé de suivre les traitements. Si une personne souffrant du cancer, informée que la radiation peut l'aider, refuse d'accepter cette assistance, il n'y a aucune question quant à son obligation de suivre ce traitement. Donc, le droit de refuser ce traitement fait intégralement partie du même droit (58). Dans le cas des personnes en cure fermée, on suggère que le "droit au traitement" soit reconnu, mais sans reconnaître sa contrepartie, le droit de le refuser. Un droit qu'on est obligé d'exercer de la façon que décide une autre personne, n'est plus un droit mais une obligation (59).

4.2 La pratique actuelle

Une opinion du contentieux du ministère des Affaires sociales (60) propose que si une personne en cure fermée refuse un traitement, elle ne doit pas en recevoir. Cependant, dans un document intitulé "La sismothérapie" présenté par le Comité de la Santé mentale (61), on apprend qu'en 1975, il y avait 26,358 électrochocs administrés dans la province. On apprend que, le plus souvent, la personne étant considérée incapable de donner un consentement éclairé ou refusant de donner son consentement, c'est le curateur public qui donne le consentement (62):

> "En effet, lorsque le malade n'a pas de tuteur,ou de curateur privé à la personne, le médecin traitant adresse une requête écrite

---

(58) Quand la vie est en danger, cependant, le médecin peut réagir sans le consentement du malade. Voir l'article 37 Loi de la protection de la santé publique L.Q. 1972, C. 42 et aussi MAYRAND, supra, note 1, pp. 48-49; R. Kouri. "Corps humain et liberté individuelle, (1973) 6 R.D.U.S. 85.

(59) Il existe des exceptions à cette règle. La Loi de la protection de la santé publique. (L.Q. 1972, c. 42), par exemple, exige un traitement dans le cas de certaines maladies (art. 10). Cependant, ce traitement obligatoire est limité dans les règlements aux cas de maladie vénérienne, de variole ou de tuberculose. Le fait que ces maladies soient si contagieuses justifie cette obligation dans l'intérêt public.

(60) Cité dans les documents de travail du Comité de la Santé mentale et l'Association des hôpitaux de la province du Québec, supra, notes 54 et 55.

(61) Octobre 1976, Document préparé à l'intention du ministère des Affaires sociales.

(62) Id. p. 8. Cette information est fondée sur des informations données par 8 centres hospitaliers.

> au curateur public qui, dans un premier temps, est habituellement vérifiée et contresignée par le Directeur des services professionnels de l'établissement. Le curateur public l'approuve en y apposant sa signature. La déclaration d'incapacité permet au curateur public d'exercer les droits et les pouvoirs qui lui sont confiés par la loi à l'égard de son pupille (63).

Il se trouve donc que c'est le curateur public, un fonctionnaire de l'Etat, qui en toute probabilité n'a jamais vu le patient, qui peut donner le consentement pour une intervention aussi radicale que l'électrochoc, et ceci en vertu de la loi (64).

On voudrait faire ici un retour en arrière pour voir par quel moyen la loi permet un tel abus de justice. Dans la section 3 (65), on a signalé que le psychiatre doit faire état dans son rapport de la capacité de la personne d'administrer ses biens et cette décision mène à l'application de la Loi de la curatelle public et sans aucune intervention d'un tribunal impartial, le curateur public devient automatiquement curateur d'office non seulement sur les biens, mais aussi sur la personne: il a donc le pouvoir de substituer son consentement aux interventions médicales et même chirurgicales, à celui du patient.

4.3 Le traitement dans la Loi de la protection du malade mental

Le seul article de la Loi qui parle du traitement est l'article 28 qui déclare ce qui suit:

> "Tout médecin qui traite une personne en cure fermée doit aviser la famille de cette personne ou les personnes qui en prennent soin des dispositions prises à son sujet ainsi que des mesures susceptibles de hâter son retour à la santé. Il doit également en aviser la personne en cure fermée sauf si elle est dans un état mental tel qu'elle ne peut en tirer aucun profit ou s'il serait nuisible à cette personne de prendre connaissance de son état".

---

(63) Id, pp. 14-15. Le souligné est de nous.

(64) Dans une entrevue avec le Curateur public de la Province de Québec, en mai 1978, il nous a effectivement appris que lui et ses employés n'ont jamais de contact avec les personnes concernées.

(65) Supra, p. 20 et notes.

Encore une fois, on voit que la loi permet trop facilement aux personnes en charge de ne pas informer la personne concernée de ce qui touche ses droits les plus fondamentaux (66).

4.4 Critique de la situation actuelle

D'abord, il faut souligner le fait que même si une personne a été mise en cure fermée après avoir reçu toute la protection requise par ses droits judiciaires, on aurait uniquement statué sur le fait que son état mental est "susceptible de mettre en danger" la santé ou la sécurité de cette personne ou d'autrui.

Il faut rompre l'ambiguïté entre protection de la personne et protection de ses proches ou de son entourage.

Nous ne voyons aucun rapport entre cette décision et une conclusion que la personne soit incapable de donner un consentement lucide et éclairé. Au contraire, il nous semble évident qu'une personne peut souffrir de désordres mentaux graves qui soient susceptibles de mettre en danger la santé ou la sécurité de cette personne ou d'autrui et à la fois, être en mesure d'avoir la capacité de refuser d'une façon éclairée la chimiothérapie ou les électrochocs. Mais ce qui est plus grave, est que la décision du psychiatre dans son rapport qui ne concerne que l'administration des biens, qui du reste n'a jamais été sujet à une audition impartiale, puisse avoir un effet juridique rendant la personne incapable de prendre des décisions concernant non seulement ses biens, mais aussi son propre corps.

De plus, quand on prend en considération les effets secondaires possibles des traitements offerts, quand on considère la perte de la vie privée et de la dignité auxquels certains traitements obligent, quand on considère l'incertitude scientifique qu'un traitement mène à une guérison, quand on considère enfin la probabilité qu'un internement prolongé soit susceptible d'aggraver

---

(66) Dans un hôpital mental dans l'Etat de Washington, une politique existe depuis plusieurs années qui permet à tout patient de voir son dossier et on juge que la politique s'avère d'être thérapeutique, Ennis et Emery (Infra, note 57, p. 29) à la page 177.

les désordres mentaux (67), le refus de traitement pourrait représenter un choix extrêmement rationnel et d'une grande importance.

4.5 Recommandations

4.5.1 La décision qui mène à la déclaration d'incapacité d'une personne est une décision grave, et a des effets tant sur la personne que sur ses biens. Pour cette raison, la décision devrait être rendue par un tribunal impartial qui respecte tous les droits judiciaires, comme on l'a recommandé dans le cas d'une décision affectant le droit d'administrer les biens. Cela signifie un préavis adéquat d'audition à la personne concernée, une audition devant un tribunal impartial, le droit à une défense pleine et entière avec l'assistance d'un avocat, le droit de contre-interroger les témoins et de présenter une preuve et enfin le droit de faire appel. Si le tribunal trouve que la personne est capable de refuser un traitement, son avis devrait être respecté intégralement.

4.5.2 Dans le cas où un tribunal a statué que la personne concernée n'est pas capable de donner un consentement valide sur son traitement, la question se pose de savoir si le curateur privé ou public peut donner un consentement substitutdans les cas de thérapeutiques radicales comme l'électrochoc et la lobotomie. A part des problèmes déjà soulevés dans le cas du curateur public, mentionnons qu'il peut arriver que le curateur privé soit la personne qui a fait la demande pour que la personne soit mise en cure fermée. On peut imaginer que les intérêts de cette personne ne soient pas toujours compatibles avec les intérêts du patient et donc elle ne devrait pas avoir le pouvoir de donner un consentement

---

(67) Il y a des études faites qui démontrent que les personnes traitées hors de la cure fermée ou hors des hôpitaux, se rétablissent plus vite, souffrent moins de rechutes, souffrent moins de la dépendance encouragée par l'hospitalisation, gardent leurs emplois plus longtemps et exigent la moitié des dépenses étatiques que les patients hospitalisés. Dans ce sens, on pourrait juger l'hospitalisation anti-thérapeutique. Voir: Ennis et Emery, The Rights of Mental Patients, 1978, p. 18 et autorités citées aux notes 6 et 7.

substitué (68).

Dans son oeuvre l'Inviolabilité de la personne humaine, le juge Mayrand signale que le curateur "peut, par conséquent, passer pour l'interdit tous les contrats médicaux ou hospitaliers requis par son état" (69). Le concept important ici est le mot "requis" et on revient encore à la doctrine de "least restrictive alternative" ou la recherche des solutions moins radicales. Nous suggérons que si la personne est jugée incapable de déterminer pour elle-même le caractère désirable ou indésirable du traitement radical, on devrait lui accorder une audition impartiale, avec le droit d'être représentée par un avocat et tous les autres droits procéduraux. A l'audition, on devrait considérer la nature et la durée des changements de comportement et d'activité mentale causés par le traitement, les risques d'effets secondaires, l'acceptation du traitement par la communauté médicale, la nature de l'intrusion sur l'intégrité physique de la personne et la douleur associée au traitement, et on devrait exiger une preuve que des solutions moins radicales ont été essayées et ont été jugées inefficaces (70).

En résumé, toute personne qui refuse un traitement ou qui est jugée incapable de donner un consentement pour un traitement devrait avoir le droit de ne pas subir d'atteintes à sa personne sans que la nécessité des interventions radicales soient prouvées devant un tribunal impartial (71).

5. LE DROIT A LA VIE PRIVEE ET LE DROIT DE COMMUNIQUER AVEC L'EXTERIEUR

L'article 29 de la Loi de la protection du malade mental établit que:

---

(68) Par exemple, le vouloir que la guérison soit rapide pourrait mener un conjoint à faire le choix d'une intervention radicale plutôt que d'un traitement qui demanderait plus de temps, mais qui respecterait plus l'intégrité physique du patient.

(69) Supra, note 52, p. 50. Le souligné est de nous.

(70) La plupart de ces considérations ont été soulevées par la Cour suprême de Mennisota dans un cas d'électrochoc Price v. Sheppard (1976) 239 NW 2d 905, 913.

(71) La doctrine de "least restrictive alternative" n'est pas inconnue dans le droit québécois. Les articles 349 et 351 C.C. accordent au juge, la possibilité de nommer un conseil judiciaire quand la preuve ne montre pas la nécessité d'un curateur.

"Tout titulaire d'une fonction, d'un office ou d'un emploi dans un centre hospitalier ou un centre d'accueil doit, quand un écrit lui est remis par un patient en cure fermée à l'adresse d'un avocat, d'un notaire, d'un médecin, du curateur public, de la Commission de l'un de ses membres, d'un député à l'Assemblée nationale ou du protecteur du citoyen, transmettre cet écrit immédiatement à son destinataire sans prendre connaissance de son contenu.

Il en est de même de tout écrit transmis à un patient en cure fermée par l'un des personnes énumérées au premier alinéa".

On doit être d'accord avec cette protection statutaire de certaines communications privilégiées. Mais, il n'y a aucune protection pour les autres communications: les lettres aux amis, aux parents, les lettres où la vie privée peut avoir sa plus grande importance. Nous croyons que les patients devraient garder tout droit à la vie privée et à leur dignité et que donc toute communication avec l'extérieur devrait être confidentielle (72).

Nous suggérons qu'on adopte ici une formulation semblable à celle de la récente Loi de la protection de la jeunesse.

"L'enfant hébergé dans un centre ou une famille d'accueil a droit de communiquer en toute confidentialité avec son avocat, le directeur qui l'a pris en charge, le Comité, les juges et greffiers du Tribunal.

Il peut également communiquer en toute confidentialité avec ses parents, frères ou soeurs ou toute autre personne, à moins que le Tribunal n'en décide autrement" (73).

---

(72) Selon les règlements de la Loi du Pennsylvanie, Supra, note 36, p. 15, la personne a le droit d'envoyer et de recevoir les communicatiions sans restrictions, bien que le courrier reçu puisse être ouverte en la présence du patient si on soupconne qu'il pourrait contenir des objets qui pourraient être une menace à la santé ou à la sécurité du patient ou d'autrui. Regs. Section 7100.1.10.3(1)(a),(b),(e), 6 Pa. Bull. 2119.

(73) Loi de la protection de la jeunesse, L.Q. 1977, c. 20, art. 9.

C'est seulement ainsi qu'on garantira le respect du droit fondamental reconnu à l'article 5 de la Charte:

> "Toute personne a droit au respect de sa vie privée".

6. CONCLUSION GENERALE ET RESUME DES RECOMMANDATIONS

Nous avons tenté de démontrer dans les pages précédentes, que la Loi de la protection du malade mental, loi antérieure à la Charte des droits et libertés de la personne entre en conflit avec celle-ci à plusieurs égards, plus particulièrement au chapitre des droits judiciaires, de certains droits fondamentaux comme le droit à l'intégrité de sa personne, et le droit à la vie privée.

Nous croyons injustifiable de sacrifier, comme on le fait souvent, des droits fondamentaux sous prétexte qu'on qu'on le fait "pour le bien du patient", ou qu'il serait inutilement compliqué de les respecter. Nous croyons que de traiter le patient comme la personne qu'il est, en respectant scrupuleusement tous ses droits, est thérapeutique en soi, et qu'on ne peut oeuvrer "pour le bien" de quelqu'un sans le faire avec lui, dans le respect intégral de sa dignité et de ses droits.

Nous recommandons donc:

6.1 Au sujet de l'"internement" ou de la mise en cure fermée:

6.1.1 Dans les cas d'urgence, une procédure semblable à celle que l'on prévoit actuellement, aboutissant à une ordonnance provisoire d'une durée maximum de 14 jours, et fixant la date d'audition au mérite dans ce délai (p. 16).

6.1.2 Le droit à une audition impartiale avec un préavis adéquat à la personne concernée (p.10, 17).

6.1.3 Une audition devant un tribunal impartial, non-administratif (p. 17).

6.1.4 Le droit à une défense pleine et entière et aux services d'un avocat indépendant (p. 17).

6.1.5 Le droit d'être présent à l'audition (p. 13).

6.1.6 Le droit de contre-interroger les témoins et de présenter une preuve.

6.1.7 La preuve "claire, concluante et convaincante" (p. 14).

6.1.8 Un examen attentif des solutions moins radicales que la cure fermée (p. 16).

6.1.9 Un véritable droit d'appel (p. 10).

6.1.10 Une définition de la "dangerosité" qui comporte la preuve de l'existence d'un danger physique réel, d'un acte récent et manifeste, ainsi que d'une grande probabilité que tel acte manifeste sera posé dans un avenir immédiat (p. 17).

6.2 Au sujet de la capacité du patient, d'administrer ses biens (p. 20 et s.).

6.2.1 Le droit à une audition impartiale avec préavis adéquat à la personne concernée.

6.2.2 Le droit à une audition devant un tribunal impartial, non administratif.

6.2.3 Le droit à une défense pleine et entière.

6.2.4 Le droit d'être présent à l'audition.

6.2.5 Le droit d'être représenté par un avocat indépendant.

6.2.6 Le droit de contre-interroger les témoins et de présenter une preuve.

6.2.7 Le droit d'appel.

6.2.8 Un examen attentif des solutions moins radicales que l'incapacité totale d'administrer ses biens (p. 24).

6.3 Au sujet de la capacité de consentir à un traitement (p. 24 et s., 29)

6.3.1 Un préavis adéquat d'audition à la personne concernée.

6.3.2 Le droit à une audition devant un tribunal impartial, non administratif.

6.3.3 Le droit à une défense pleine et entière.

6.3.4 Le droit d'être présent à l'audition.

6.3.5 Le droit d'être représenté par un avocat indépendant.

6.3.6 Le droit de contre-interroger les témoins et de présenter une preuve.

6.3.7 Le droit d'appel.

Si à ce stade l'incapacité de consentir à un traitement n'est pas démontrée, on doit s'en remettre à la décision du patient.

6.4 Dans le cas d'une intervention radicale (une intervention chirurgicale ou qui demande l'anesthésie) s'il s'agit d'une personne qui a été jugée incapable de consentir au traitement (p. 29, 30).

6.4.1 Le droit au respect de tout droit judiciaire mentionné dans la section précédente.

6.4.2 Les considérations suivantes devraient être soumises au tribunal avant la prise de décision: la nature et la durée des changements de comportement et d'activité mentale causés par le traitement, les risques d'effets secondaires, l'acceptation du traitement par la communauté médicale, la nature de l'intrusion sur l'intégrité physique de la personne et la douleur associée au traitement.

6.4.3 La preuve que les solutions moins radicales ont été exigées et ont été jugées inefficaces.

6.5 Au sujet de la protection de la vie privée (p.30 et s).

6.5.1. Le droit à la confidentialité de toute communication avec l'extérieur à moins que le tribunal n'en décide autrement.

MONTREAL, le 19 juillet 1978

BIBLIOGRAPHIE

Jurisprudence

In Re Ballay, (1973) 482 F2d 648.

Bartley v. Kremens, (1975) 402F. Supp. 1039, (1975) 96 S. Ct. 1457.

Beattie et Martin v. Kozak, (1958) S.C.R. 179.

Bell v. Wayne Co. Genl. Hosp., (1974) 384 F. Supp. 1085.

Chatelle v. Chatelle, (1912) 21 B.R. 158.

Dame Brown v. Rémillard, (1969) C.S. 203.

Dame L. v. Larue, (1959) B.R. 549.

Dame Morel v. Larue, (1968) B.R. 560.

Dame R. v. Johnson, (1946) C.S. 101.

Dame Robidoux v. Robidoux, (1955) B.R. 322.

Dame Sévigny v. Dame Roy, (1973) C.S.

Délorme v. Tétrault, (1923) 61 C.S. 454.

Doremus v. Farrell, (1975) 407 F. Supp. 509.

Dupré v. Papillon, (1936-37) 40 R.P. 32

In Re Gault, 387 U.S. 1

Leduc v. Les Frères de la Charité, (1910) 11 R.P. 138.

Lessard v. Schmidt, (1972) 349 F. Supp. 1078, vacated on other grounds, 44 U.S. 473, mod. 379 F. Supp. 1376, vacated on other grounds, 421 U.S. 957. (1975), affd. on rehearing (1976) 413 F. Supp. 1318.

Lowry et Lepper v. R., (1974) S.C.R. 195.

Lynch v. Baxley, (1974) 386 F. Supp. 378.

Long v. Sears, (1975) C.S. 585.

Morel v. Dame Brown, (1960) C.S. 100.

New York City Health & Hosp. Corp. v. Stern, (1972) 335 N.Y.S. 2d 461.

O'Connor v. Donaldson, (1975) 422 U.S. 563.

Olmstead v. U.S., 277 U.S. 438.

Ouellette c. Ouellette, (1972) R.P. 190.

Peladeau, (1964) C.S. 584.

Price v. Sheppard, (1976) 239 N.W. 2d 905.

In Re Sarrault, (1906) 15 B.R. 3.

Suzuki v. Quisenberry, (1976) 411 F. Supp. 1113.

Trenholm v. A.G. Ontario, (1940) S.C.R. 301.

Thibodeau c. Dufort, (1956) R.L. 377.

Vallée, De La Bussière, (1969) C.S. 426.

Williams v. Ballam, (1964) 43 D.L.R. 2d 284 (Colombie Br.).

Wyatt v. Aderhold, (1974) 368 F. Supp. 1383.

Wyatt v. Stickney, (1971) 334 F. Supp. 1341, (1972) 344 F. Supp. 387.

In Re Winship, (1970) 397 U.S. 358.

X. v. Y., (1970) C.A. 795.

Yelle v. Crevier, (1962) B.R. 654

Articles de revue

BARRIERE, J., "Droit à la santé et politique psychiatrique", (1970) 30 Rev. du B. 282.

BAZELON, D., "Institutionalization, Deinstitutionalization and the Adversary Process, (1975) 75 Col. L. Rev. 897.

COHEN, , "The Function of the Attorney and the Commitment of of the Mentally Ill", (1966) Tex. L. Rev. 425.

COROZZA and STEADMAN, "The Failure of Psychiatric Prediction of Dangerousness: Clear and Convincing Efidence", 29 Rut. L. Rev. 1084.

DIETZ, P.E., "Social Discrediting of Psychiatry: The Protasis of Legal Disfranchisement, (1977) 134 Am. J. Psychiatry 1356.

DIAMOND, B.L., "The Psychiatric Prediction of Dangerousness", (1974) 123 U. Ra. L. Rev. 439.

DRAPER, G., "Due Process and Confinement for Mental Disorder", (1976) Alba. L. Rev. 266.

ENNIS and LITEVACK, "Psychiatry and the Presumption of Expertise: Flipping Coins in the Courtroom", (1974) 62 Col. L. Rev. 693.

EDWARDS, L. as told to SALTER, G. TORI, "I was sane but kept 14 years in a mental hospital against my will", Chatelaine, Mai, 1970, 35.

GOSSELIN, J.Y., "Quelques Perspectives sur les services psychiatriques" de l'Hôpital Général. 22 Admin. Hosp. et Soc. 20.

GUPTA, R.K., "New York's Mental Health Information Service: An Experiment in Due Process, (1971) 25 Rut. L. Rev. 405.

HARNOIS, G.P., "Soins de la santé mentale: dilemmes actuels", 4 La Vie Médicale au Canada français 969.

JUDY, M., "Consent and Treatment of the Minor Patient, (1976) 24 Chitty's L.J. 137.

MONAHAN, J., "John Stuart Mill on the Liberty of the Mentally Ill: A Historical Note", 134 Am. J. Psychiatry 1428.

NOTE, "A new emancipation: Toward an End to Involontary Civil Commitments", (1973) 48 N.D. Law 1334.

NOTE, "Commitment and Release Standards and Procedures: Uniform Treatment for the Mentally Ill, (1974) 41 U. Chi. L. Rev. 825.

NOTE, "Mental Illness: A Suspect Classification, (1974) 83 Yale L. J. 1237.

NOTE, "Developments in the Law: Civil Commitment of the Mentally Ill", (1974) 87 Harv. L. Rev. 1190.

NOTE, "Due Process Limitations on Parental Rights to Commit Children to Mental Institutions, (1977) 48 U. Col. L. Rev. 235.

NOTE, "Pennsylvania's New Mental Health Procedures Act: Due Process and the Right to Treatment for the Mentally Ill, (1977) 31 Dick. L. Rev. 627.

OCHBERG and BROWN, "Mental Health and the Law: Partners in advancing human rights", (1974) 123 U. Pa. L. Rev. 491.

POTHIER, P. "La société et la maladie mentale", (1976) 22 Admin. Hosp. et Soc. 18.

RAKOFF, V.M., "Statuts et droits du malade", (1975) 4 La Vie médicale au Canada français 990.

RAYMONDIS, L., "La conception Communautaire du Droit et la Psychiatrie communautaire", (1973) 14 Recherches Sociographiques 9.

ROSENHAN, D.L., "On Being Sane in Insane Places", (1973) 179 Science 250.

SCHROEDER, A., "Insane Judgments", Weekend Magazine, May 21, 1977.

TROLAND, M.B., "Involuntary Commitment of the Mentally Ill", (1977) 38 Mont. L. Rev. 307.

WADDAMS, S.M., "Are the Mentally Ill Deprived of Rights", (1972) Chitty's L.J. 301.

WARREN, C., "Involuntary Commitment for Mental Disorder: The Application of California's Landerman Petris - Short Act", (1977) 11 Law and Society Rev. 629.

Ouvrages et Etudes

BOULANGER, N. et CHAIX, J.F., Travail, famille, psychiatrie, Payot, Paris, 1977.

BROWNE, E.W., The Right to Treatment under Civil Commitment, 1975.

COLLIARD, C.A., Libertés Publiques, 5e éd., Dalloz, 1975.

COMMISSION DE REFORME DU DROIT DU CANADA, Rapport de la Commission de réforme du droit du Canada, 1976: Désordre Mental dans le processus pénal.

FOUCAULT, M., Histoire de la folie à l'âge classique, Gallimard, 1972.

GRIER, W.H., et COBBS, P.M., Black Rage, 1969, c. VII "Mental Illness and Treatment, 129.

GUILBERT, F., Liberté individuelle et hospitalisation des malades mentaux, Librairie Technique, 1974.

PERRY, J.W., Roots of Renewal in Myth and Madness, Josser-Bass Publishers, 1976.

SWADRON, B., The Law and Mental Disorder, The Canadian Mental Association, 1973.

SZASZ, T., Le Mythe de la maladie mentale, Payot, 1975.

ZISKIN, J., Coping with Psychiatric and Psychological Testimony, 2e éd., 1975.

ANNEXE C

ANNEXE

OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL

COMITE SPECIAL DE L'ENREGISTREMENT

AGENCES D'INFORMATION

DOCUMENT DE TRAVAIL

POUR LA PREPARATION D'AMENDEMENTS

A LA LOI DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Article 20:

"Une agence d'information qui ouvre un dossier sur une personne doit avertir cette dernière par écrit dans un délai de quinze jours.

Toute agence d'information en activité immédiatement avant l'entrée en vigueur de la présente loi doit déposer auprès de l'Office la liste de tous les dossiers qu'elle détient à cette date."

[ ]

Article 21:

"L'agence doit également avertir immédiatement toute personne au sujet de laquelle elle détient un dossier de toute demande d'information à son sujet."

Article 22:

"Cet avis doit mentionner le droit du sujet de l'enquête de consulter son dossier et d'y verser ses commentaires."

Article 23:

"Les dossiers d'une agence d'information couvrant les personnes résidant au Québec doivent être accessibles et conservés au Canada."

Article 24:

"Toute personne qui a fait l'objet d'une enquête concernant son caractère, sa réputation, sa solvabilité, son crédit, son assurabilité, son mode de vie ou celui de sa famille a le droit d'être mise au courant par la personne qui l'a fait effectuer:

a) du nom et de l'adresse de l'agence d'information ou

[ ]

b) de la nature de l'information lorsque celle-ci émane d'une autre source."

Article 25:

"Toute personne a le droit d'obtenir gratuitement de l'agence, pendant les heures d'affaires:

1) la nature et la substance de toute information la concernant;
2) les sources de l'information contenue dans son dossier;
3) les noms de toutes les personnes à qui un rapport a été fait;
   a) dans les 2 ans qui précèdent la demande si le rapport concernait un emploi;
   b) dans les 6 mois, dans les autres cas;
4) la copie de tout rapport la concernant.

Avant de fournir l'information l'agence a le droit d'exiger une preuve d'identité de la personne qui les demande ou une demande

Article 25: (suite)

écrite préalable contenant une preuve d'identité suffisante si la communication des informations se fait par téléphone.

L'agence ne peut exiger aucune renonciation à un droit quelconque pour donner accès à une personne au dossier la concernant."

Remarque

Il semble inutile d'indiquer le mandataire.

Article 26:

"Toute personne a le droit de formuler des commentaires écrits qui seront consignés dans son dossier.

L'agence doit en conséquence:

a) vérifier l'information et la faire disparaître si elle ne peut être vérifiée; ou

b) corriger le dossier lorsque les commentaires du sujet de l'enquête s'avèrent exacts; et

c) communiquer ces modifications ou corrections à l'intéressé et à toute personne à qui l'information fautive a été fournie."

Article 27:

"Une agence ne peut faire figurer dans un dossier une information dont elle n'indique pas les sources y compris l'identité de toutes les personnes qui lui ont fourni l'information".

Article 28:

"L'agence mettra un membre de son personnel à la disposition des personnes désireuses de se faire expliquer leur dossier".

Article 29:

"Aucun rapport effectué par une agence d'information ne peut contenir:

a) des mentions concernant la race, la religion, l'origine ethnique ou l'affiliation politique du sujet de l'enquête;

b) la mention de toute faillite dont le sujet de l'enquête aurait été libéré depuis plus de cinq ans avant que l'enquête n'ait été effectuée;

c) la mention de sommation, condamnation ou recouvrement au sujet de dettes acquittées ou prescrites;

d) la mention d'une assignation datant de plus de deux ans lorsque l'état de l'action en justice n'est pas connu;

e) la mention d'un jugement rendu depuis plus de sept ans, à moins que le créancier ne confirme par

ANNEXE III E

Article 29: (suite)

écrit qu'il n'a pas été payé en tout ou en partie et qu'une telle confirmation apparaisse au dossier;

f) la mention d'un crime sept ans après que la peine ait été purgée ou avant ce délai, si un pardon a été accordé;

g) la mention de toute accusation criminelle;

g1) la mention de toute condamnation suivie d'un acquittement;

h) la mention et la date d'un jugement condamnant à payer une somme en deniers si le nom du créancier et le montant de la dette ne sont pas mentionnés;

i) toute information basée sur un témoignage non corroboré si le fait qu'il n'y a pas eu corroboration n'est pas indiqué;

Article 29: (suite)

j) toute autre information défavorable antérieure à sept ans;

k) toute information qui n'est pas contenue dans le dossier;

l) toute information concernant le paiement ou le non-paiement d'une amende légalement imposée depuis plus de sept ans;

m) toute information obtenue en violation de loi."

Article 30:

"Toute agence doit s'assurer que ses dossiers sont tenus de la façon la plus honnête et la plus exacte possible."

Article 31:

"L'information contenue dans les dossiers de toute agence ne peut être divulguée que pour des fins conformes à l'activité d'une agence d'information."

ANNEXE D

SECTION IX:

Special Article Series

PREFACE

The model guardianship statute which follows is one statute in a series of Developmental Disabilities Model Legislation prepared under the auspices of the American Bar Association's Commission on the Mentally Disabled and funded by the Developmental Disabilities Bureau of the Department of Health, Education and Welfare. In future issues the *Reporter* will also cover portions of other model statutes in the series. (See 2 MDLR 755 for more information on this series.)

The reader should understand that this article is only a portion of the guardianship and conservatorship materials prepared by Richard Van Duizend of the Model Legislation Project — the introduction and the short form of the model statute. The reader may order a copy of the complete text of the model statute and a 50-state review of guardianship legislation from the Developmental Disabilities State Legislative Project, ABA Commission on the Mentally Disabled, 1800 M Street, N.W., Washington, D.C. 20036, (202) 331-2246.

INTRODUCTION

Guardianship is a legal relationship which authorizes one individual to become a substitute decision-maker for another. Its most common form is the "natural guardianship" relationship between parents and their minor children. A guardianship is established by court order when because of age, illness, or disability, a person is determined to be incapable of managing some or all of his or her personal and/or financial affairs. A guardian may be given partial or total authority to determine whether the disabled person will live in the community or an institution, and what type of medical, mental health and other services the disabled person will receive (personal guardianship), and/or partial or total power to manage and control that person's property and income (conservatorship). Correspondingly, the individuals for whom a guardianship has been established may lose the right to decide whether to remain in their own home, to make contracts for goods and services, to go to court to enforce their rights, to hold or convey property, and in some instances to marry, to have children, to vote and to make a will.

The roots of guardianship are deeply embedded in both Roman and English law.[1]

> . . . [I]n Rome at the time of Cicero elaborate provisions were made for the protection of the property of the mentally disabled while none at all existed for the person. The pattern was followed in England and also in colonial America. . . . .[2]

In England, guardianship was part of first the feudal lords' and then the Crown's duty to look after their subjects. In this country, the doctrine of *parens patriae* — the state serving as the benevolent parent caring for his or her poor, sick or wayward children — provided not only the legal basis but also the dominant philosophy for guardianship. Although this permitted considerable flexibility in guardianship proceedings, it presented substantial problems as well.

> The disadvantaged were the objects of care, they were to be done for. They did not require protection against the well-meaning parent, [or] rights to be exercised against the paternalistic state.[3]

As Lionel Trilling once commented: "Some paradox in our nature leads us, once we have made our fellow men [or women] the objects of our enlightened interest, to go on to make them the objects of our pity, then of our wisdom, ultimately of our coercion."[4] The criteria for establishing a guardianship are often broad and vague, permitting the imposition of restrictions on persons who are "different" as well as on those who

---

[1] *See* S. BRAKEL & R. ROCK, THE MENTALLY DISABLED AND THE LAW, 250 (Rev. Ed. 1971); Regan, *Protective Services for the Elderly: Commitment, Guardianship, and Alternatives*, 13 WM. & MARY L. REV. 569, 570-573 (1972).

[2] BRAKEL & ROCK, *supra* note 1, at 250.

[3] Rothman, *The State as Parent: Social Policy in the Progressive Era*, in W. GAYLIN, I. GLASSER, S. MARCUS, & D. ROTHMAN, DOING GOOD: THE LIMITS OF BENEVOLENCE, 67, 70 (1978).

[4] *Id.* at 72.

are disabled.[5] The procedures often omit the safeguards we have come to expect when restrictions on liberty are imposed or fundamental rights threatened in other contexts. And perhaps most importantly, even today in many jurisdictions, guardianship orders and guardians have failed to recognize that individuals with disabilities are often capable of doing many things for themselves.

> [A] . . . serious difficulty arises because the law usually represents incompetence in simple black and white terms, with the result that most guardianships of the person are looked on as plenary guardianships. The effect is well expressed by the word *interdiction* (prohibition) which has until recently been in use in the statutes of many of the Latin countries. The person interdicted (declared incompetent) is deprived of the legal capacity to act in any way on his own behalf. Even though he [or she] may have a guardian appointed to exercise some of his [or her] rights, the emphasis usually is on the deprivation of rights rather than on implementing rights constructively through informed representation. Moreover, the idea that the person himself [or herself] can properly retain and exercise some personal and even property rights, selectively, according to his [or her] individual capacity, is not adequately expressed in most existing statutes pertaining to guardianship.[6]

Over the past two decades, a growing list of organizations and governmental commissions which have examined guardianship have called for correction of these problems.[7] For example, in 1962, the President's Panel on Mental Retardation stated:

> For some, of course, a comprehensive guardianship will be needed. But we urge that, as far as possible, mentally retarded adults be allowed freedom — even freedom to make their own mistakes. We suggest the development of limited guardianships of the adult person, with the scope of the guardianship specified in the judicial order.[8]

The 1969 Report of the International League of Societies for the Mentally Handicapped recommended:

> The retarded adult should be permitted to act for himself [or herself] in those matters which he [or she] has competence. The limitations of legal capacity inherent in guardianship should not extend to these matters. It follows that a person whose mental retardation is characterized by impairments of social competence which are partial should enjoy a partial guardianship specifically adapted to his [or her] strengths and weaknesses.[9]

The 1975 edition of the Uniform Probate Code makes a clear distinction between guardianship of the person and conservatorship of the estate, and establishes a number of less restrictive alternatives for the protection of the property of a disabled individual (though not the person). It also provides for the execution of durable powers of attorney as a means of obviating the need for a guardianship or conservatorship.[10] Finally, the 1976 Report of the President's Committee on Mental Retardation, urged that:

> Statutes and court procedures bearing on competency should be clarified and revised (a) to recognize gradations of competence, (b) to recognize that areas of competency may be quite varied and therefore should be separable in law, (c) to assure full and explicit due process safeguards on any and all areas of competency, and that the scope of any judgment of incompetence is made fully explicit, and (d) to ensure that restrictions of competency be limited to a specific period of time or subject to periodic review.[11]

---

[5] N. KITTRIE, THE RIGHT TO BE DIFFERENT: DEVIANCE AND ENFORCED THERAPY (1971).

[6] INTERNATIONAL LEAGUE OF SOCIETIES FOR THE MENTALLY HANDICAPPED (ILSMH), SYMPOSIUM ON GUARDIANSHIP OF THE MENTALLY RETARDED, 11(1969).

[7] *E.g.*, THE PRESIDENT'S PANEL ON MENTAL RETARDATION (PPMR), REPORT OF THE TASK FORCE ON LAW (1963); PRESIDENT'S COMMITTEE ON MENTAL RETARDATION (PCMR), REPORT TO THE PRESIDENT — MENTAL RETARDATION: CENTURY OF DECISION (1976); THE PRESIDENT'S COMMISSION ON MENTAL HEALTH (PCMH), REPORT TO THE PRESIDENT (1978); ILSMH, *supra* note 6; COUNCIL OF THE AMERICAN ASSOCIATION ON MENTAL DEFICIENCY (AAMD), POSITION PAPER ON GUARDIANSHIP FOR MENTALLY RETARDED PERSONS (1973); National Center For Senior Citizens, *Model Guardianship, Conservatorship and Power of Attorney Legislation*, in U.S. SENATE SPECIAL COMMITTEE ON AGING, PROTECTIVE SERVICES FOR THE ELDERLY: A WORKING PAPER, 75-110 (1977); GOVERNOR'S COMMISSION FOR REVISION OF THE MENTAL HEALTH CODE OF ILLINOIS, REPORT (1976).

[8] PPMR, *supra* note 7, at 25.

[9] ILSMH, *supra* note 6, at 18-19.

[10] NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAW (NCCUSL), UNIFORM PROBATE CODE (U.P.C.) Article V (4th Ed. 1975).

[11] PCMR, *supra* note 7, at 65-66.

OPTIONAL SHORT FORM MODEL GUARDIANSHIP AND CONSERVATORSHIP ACT

INTRODUCTION

The complete text of the model guardianship and conservatorship bill is detailed and lengthy. Some states may favor a shorter statute. The following short form bill is offered where this is the case.

The short form bill lacks much of the administrative detail of the complete bill but retains the statement of purpose, definitions, organizational structure, procedures, powers and rights of the longer version.

The comment and alternative portions of the complete text should be consulted for a discussion of the issues, options and rationales for choices made. They should also be useful in adapting the short form bill to a particular state's needs.

SHORT FORM MODEL STATUTE

A BILL FOR

AN ACT TO REVISE THE METHODS, CRITERIA AND PROCEDURES FOR PROTECTING PARTIALLY DISABLED AND DISABLED PERSONS AND MINORS AND THE PROPERTY OF SUCH PERSONS AND MINORS; TO ESTABLISH THE CRITERIA FOR APPOINTING LIMITED PERSONAL GUARDIANS, PERSONAL GUARDIANS, LIMITED CONSERVATORS AND CONSERVATORS AND THEIR RESPONSIBILITIES, DUTIES AND POWERS; AND TO SPECIFY THE RIGHTS OF INDIVIDUALS SUBJECT TO INTERVENTION PROCEEDINGS AND DISPOSITIONAL ORDERS.

CHAPTER 1 INTRODUCTORY PROVISIONS

Section 1. Title

This act shall be known as the Guardianship and Conservatorship Act.

Section 2. Purpose

Recognizing that every individual has unique needs and differing abilities, the (name of Legislature) declares that it is the purpose of this act to promote the general welfare of all citizens by establishing a system which permits partially disabled and disabled persons and minors to participate as fully as possible in all decisions which affect them; which assists such persons in meeting the essential requirements for their physical health and safety, protecting their rights, managing their financial resources, and developing or regaining their abilities to the maximum extent possible; and which accomplishes these objectives through the use of the least restrictive alternatives. This act shall be liberally construed to accomplish this purpose.

Section 3. Definitions

As used in this act:

(1) "Partially disabled persons" means adults whose ability to receive and evaluate information effectively and/or communicate decisions is impaired to the extent that they lack the capacity to manage at least some of their financial resources and/or meet at least some of the essential requirements for their physical health or safety without court-ordered assistance or appointment of a limited personal guardian or limited conservator.

(2) "Disabled persons" means adults whose ability to receive and evaluate information effectively and/or to communicate decisions is impaired to such an extent that they lack the capacity to manage their financial resources and/or to meet essential requirements for their physical health or safety even with court-ordered assistance or the appointment of a limited personal guardian or limited conservator.

(3) "Manage financial resources" means those actions necessary to obtain, administer, and dispose of real and personal property, intangible property, business property, benefits and income.

(4) "Meet essential requirements for physical health or safety" means those actions necessary to provide the health care, food, shelter, clothing, personal hygiene and other care without which serious physical injury or illness is more likely than not to occur.

(5) "Court-ordered assistance" means dispositional alternatives available under section 10 of this act other than appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator.

(6) "Minor" means an individual [age seventeen (17) or less/under the age of majority].

(7) "Respondent" means an individual alleged to be a partially disabled or disabled person.

(8) "Subject of an intervention proceeding" means the respondent, a minor for whom a proceeding has been initiated under chapter 3 of this act, or an adult or minor for whom a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator has been appointed.

(9) "Parties" means the individual or entity filing a petition, application, motion, acceptance of a testamentary designation, or objection; the subject of an intervention proceeding; and the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator, if any.

(10) "Intervention proceeding" means any proceeding under this act.

(11) "Limited conservator" means an individual or a corporation with general power to serve as trustee, appointed by the court to assist in managing the financial resources of a partially disabled person or of a minor.

(12) "Conservator" means an individual or a corporation with general power to serve as trustee, appointed by the court to manage the financial resources of a disabled person or a minor.

(13) "Conservatorship" includes appointment of a limited conservator or a conservator.

(14) "Limited personal guardian" means an individual appointed by the court to assist a partially disabled person or a minor in meeting the essential requirements for the partially disabled person's or the minor's physical health and safety.

(15) "Personal guardian" means an individual appointed by the court to act on behalf of a disabled person or a minor to assure that the essential requirements for the health and safety of the disabled person or minor are met.

(16) "Guardianship" includes appointment of a limited personal guardian or a personal guardian.

(17) "Volunteer public guardian;" "volunteer public conservator," and "volunteer public trustee," mean an individual appointed pursuant to section 33 to serve as a limited personal guardian or personal guardian, or an individual or corporation appointed to serve as a limited conservator, conservator or trustee for a partially disabled or disabled person or minor who require establishment of a guardianship or conservatorship and who has no one able and willing to serve in that capacity or is unable to afford the cost of a guardianship, conservatorship and/or trust.

(18) "Guardians *ad litem*" means individuals appointed by the court to assist the subject of an intervention proceeding to determine his or her interests in regard to the intervention proceeding, or to make that determination if the subject of the intervention proceeding is unconscious or otherwise wholly incapable of determining his or her interests in that proceeding even with assistance.

(19) "Counsel" means an attorney admitted to the practice of law in this state.

(20) "Restrictions on the legal capacity of a person to act in his or her own behalf" means powers of a partially disabled or disabled person or a minor which are assigned to a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator.

(21) "Disabilities resource officers" means employees of the (name of state/local agency responsible for providing services to partially disabled and disabled persons) who are assigned the duties set forth in section 4 of this act.

(22) "Multidisciplinary evaluation team" means a group of at least three (3) individuals which is appointed by the court from a panel of experts approved by the (*state name*) Guardianship/Conservatorship Oversight Commission, to evaluate the subject of an intervention proceeding pursuant to chapter 2 of this act.

(23) "Evaluation" means an assessment of the ability of an individual to receive and evaluate information effectively and/or to communicate decisions and the impact of any impairment of these skills on the individual's capacity to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, and/or manage his or her financial resources.

(24) "Least restrictive dispositional alternative" means the form of assistance that least interferes with the legal capacity of a respondent to act in his or her own behalf.

(25) "Developmental disability" means a chronic disability of a person which:

(a) Is attributable to a mental or physical impairment or a combination of mental and physical impairments;

(b) Is likely to continue indefinitely;

(c) Results in substantial functional limitations in two (2) or more of the following areas of major life activity:

(i) Self-care;

(ii) Receptive and expressive language;

(iii) Learning;

(iv) Mobility;

(v) Self-direction;

(vi) Capacity for independent living; or

(vii) Economic self-sufficiency; and

(d) Reflects the need for a combination and sequence of special, interdisciplinary or generic care, treatment or other services which are of lifelong or extended duration and individually planned and coordinated.

(26) "Identifiable information" means information which is indexed or able to be retrieved by name, identifying code or number, address or other personal characteristic.

Section 4. Appointment of Disabilities Resources Officers

(1) The head of the (state/local agency responsible for providing services to partially disabled or disabled persons) shall employ individuals on a full-time or part-time basis to serve as disabilities resources officers (in accordance with citation to state Civil Service Act or statute, if any, authorizing local jurisdictions to hire personnel). The number of individuals hired to be or assigned the duties of disabilities resources officers shall be commensurate with the volume of intervention proceedings initiated and the number of guardianships and conservatorships for partially disabled or disabled persons established in the [state/county/parish/city], but shall be sufficient to permit access for those individuals requiring the services of a disabilities resources officer.

(2) (a) Disabilities resources officers shall:

(i) Develop and maintain a current knowledge of the full range of public and private medical, mental health, social, advocacy, educational, rehabilitative, counseling, therapeutic, homemaking, recreational and financial services and programs available to assist partially disabled and disabled persons and their families;

(ii) Discuss personally with individuals seeking to file a petition pursuant to section 6 of this act or an application pursuant to section 32(1), the matters which the individual wishes to allege in the petition or application, the effects of the appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator, and the less restrictive alternatives which are available;

(iii) Assist partially disabled and disabled persons, and individuals appointed to serve as a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, and/or conservator to develop and update individual guardianship and individual conservatorship plans;

(iv) Provide information, guidance, counseling and referral services to individuals regarding the alternatives which are available to assist persons with developmental and/or other disabilities;

(v) Exercise such other duties and powers as are prescribed by this act.

Section 5. Establishment of the (state name) Guardianship/Conservatorship Oversight Commission

(1) There is hereby established the (state name) Guardianship/Conservatorship Oversight Commission (hereinafter referred to as the Oversight Commission) which shall be independent of all other government agencies, boards, and commissions.

(2) (a) The Oversight Commission shall consist of five (5) individuals appointed by the Governor, with the advice and consent of the Senate to three (3) year terms, except that of the first appointments, two (2) shall be for two (2) year terms, and one (1) shall be for a one (1) year term. A member of the Oversight Commission shall not serve more than two (2) consecutive terms. Vacancies shall be filled in the same manner as original appointments. Appointments to fill vacancies occurring before the expiration of a term are for the remainder of the unexpired term. Commission members whose term has expired shall continue to serve until a new appointment has been made and confirmed.

(b) At least one (1) member of the Oversight Commission shall have previously been the subject of a guardianship or conservatorship; at least one (1) member shall have served or shall be serving as a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, and/or conservator; and at least one (1) member shall be an attorney who regularly represents individuals with developmental disabilities, individuals who are mentally ill, individuals over age sixty-five (65), or individuals under age eighteen (18).

(3) The Oversight Commission shall meet at least six (6) times per year. Members of the Oversight Commission not employed by the state government shall receive compensation at a rate not to exceed $ _____ for each day, including travel time, they are engaged in the performance of their duties as members of the Oversight Commission. In addition, all members of the

Oversight Commission shall be entitled to reimbursement for travel, subsistence and other reasonable expenses incurred by them in carrying out their duties.

(4) The Oversight Commission shall:

(a) (i) Establish and annually publish the procedures and criteria for identifying individuals who are qualified to serve on multidisciplinary evaluation teams;

(ii) Prepare and publish, annually, a list of individuals from all sections of the state who are qualified and willing to serve on multidisciplinary evaluation teams; and

(iii) Establish and annually publish the procedures and criteria for removing individuals from the list who prove to be unqualified to serve on multidisciplinary evaluation teams.

(b) (i) Establish programs to encourage individuals to serve as volunteer public guardians, and individuals and corporations to serve as volunteer conservators or volunteer public trustees;

(ii) Prepare and publish, annually, a list of individuals from all sections of the state who are willing to serve as volunteer public guardians, and a list of individuals and corporations from all sections of the state who are willing to serve as volunteer public conservators and volunteer public trustees;

(iii) Establish procedures to assure that volunteer public guardians, volunteer public conservators, and volunteer public trustees are selected for appointment and compensated in a lawful, equitable and consistent manner;

(c) Establish and maintain training programs which will provide instruction on the general and specific duties of limited personal guardians, personal guardians, limited conservators, and conservators, the nature and extent of the disabilities which most commonly result in establishment of a guardianship or conservatorship, and the programs, services and techniques available to assist and protect partially disabled and disabled persons and minors;

(d) Conduct investigations and hearings regarding the operation of the volunteer public guardian/conservator/trustee program and the selection, appointment, compensation and removal of volunteer public guardians, volunteer public conservators and volunteer public trustees;

(e) Testify before the (name of the Legislature) on matters related to the provision of services for and the guardianship and conservatorship of partially disabled persons, disabled persons and minors;

(f) Advise the Governor and other state and local officials and agencies on matters related to the provision of services for and the guardianship and conservatorship of partially disabled persons, disabled persons, and minors;

(g) Promulgate such additional policies, rules, regulations and procedures as are necessary for the effective operation of the Oversight Commission;

(h) Employ, in accordance with the (citation to the state civil service code) and the appropriations provided, an Administrative Director and such professional, technical, clerical and administrative personnel as may be necessary to carry out the duties and powers set forth in this act;

(i) Contract with individuals, businesses, whether for profit or not-for-profit, and other public and private organizations or agencies to carry out the duties and powers set forth in this act; and

(j) Perform such additional duties and exercise such powers as are prescribed by law or as are necessary for the effective management and operation of the Oversight Commission in accordance with the purpose of this act.

(5) The Oversight Commission shall not have supervisory power over individual intervention proceedings nor shall it manage or operate residential facilities or directly provide services other than those specified in this act for partially disabled or disabled persons or minors.

(6) The Oversight Commission shall submit an annual report to the Governor, the (name of the Legislature), the Chief Justice of (name of the highest court of civil appeals), the (head of the state agencies responsible for providing services to partially disabled and disabled persons and minors) and the (head of the state Developmental Disabilities Advocacy Office). Copies of the report shall be made available to the public and shall be sent to each court which can hear intervention proceedings.

CHAPTER 2 INTERVENTION PROCEEDINGS FOR PARTIALLY DISABLED AND DISABLED PERSONS

Section 6. Initiation of Intervention Proceedings

(1) (a) An intervention proceeding shall be initiated by the filing of a petition with the court by a partially disabled person, an adult interested in the welfare of a partially disabled or disabled person, or by a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator of such a person.

(b) The petition shall be verified under oath and shall specify:

(i) The names and addresses of the individuals and entities entitled to notice pursuant to section 29(1)(a) of this act;

(ii) The nature and degree of the alleged disability;

(iii) The relief requested and the facts and reasons supporting the need for such relief; and

(iv) A statement that the petitioner has discussed with the disabilities resources officer the facts alleged in the petition, the effect of the appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator, and the alternative services and procedures which are available, and an explanation why the requested protection and assistance is the least restrictive dispositional alternative which will meet the needs of the respondent.

(2) A parent, spouse, or child of a partially disabled or disabled person who is serving as limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator may, by will, designate an individual to serve in that capacity upon the death of the testator. Such a designation shall not become effective if another person is serving as the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator at the time of death, nor until the will has been filed for probate and the court has appointed the designee following a hearing pursuant to section 15 of this act. Pending such appointment, the designee may file for appointment on an emergency basis pursuant to section 32(1) of this act.

Section 7. Motion to Dismiss

A motion to dismiss may be filed by any party when it appears that the ability of the respondent to receive and evaluate information and/or to communicate decisions is not impaired or when it appears that the respondent does not require court-ordered assistance or the appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, and/or conservator.

Section 8. Evaluation

(1) The court shall appoint a multidisciplinary evaluation team from the list published by the Guardianship/Conservatorship Oversight Commission to evaluate the respondent. Each party may submit names drawn from this list for the court's consideration.

(2) The evaluation shall be conducted so as to minimize interference with the respondent's activities and intrusion into the respondent's privacy.

(3) The report of the multidisciplinary evaluation team shall include:

(a) A description of the nature and extent of the respondent's disabilities, if any;

(b) A description of the respondent's mental, emotional, physical, and educational condition, adaptive behavior and social skills;

(c) A description of the services, if any, being used by the respondent to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, and/or manage his or her financial resources, and/or develop or regain his or her abilities;

(d) An opinion regarding the type(s) and extent of assistance, if any, required by the respondent, and why no less restrictive alternative would be appropriate;

(e) An opinion regarding the probability that the extent of the respondent's disabilities, if any, may significantly lessen, and the type of services or treatment which will facilitate improvement in the respondent's condition, behavior or skills;

(f) A description of the techniques or tests used;

(g) The names and addresses of all individuals who examined, interviewed or investigated the respondent in conjunction with the evaluation;

(h) The signatures of each member of the multidisciplinary evaluation team together with a statement of concurrence or nonconcurrence with the evaluation findings; and

(i) Any dissenting opinions or other comments by members of the multidisciplinary evaluation team.

Section 9. Hearing

Within the time limit prescribed in section 27(1)(b) of this act, the court shall hold a hearing to determine:

(1) The essential requirements for the respondent's physical health and safety and/or the type and amount of the respondent's financial resources;

(2) The skills and knowledge necessary to meet those needs and/or manage those resources;

(3) The nature and extent of the respondent's disabilities, if any; and

(4) Whether the respondent is a partially disabled or disabled person.

Section 10. Dispositional Alternatives

(1) If a respondent is found not to be a partially disabled or disabled person the petition shall be dismissed.

(2) Among the dispositional alternatives available to the court following a finding that the respondent is a partially disabled or disabled person, are:

(a) Directing the provision of necessary services to the respondent on a noncustodial basis;

(b) Authorizing or ratifying a contract or transaction entered into by a partially disabled or disabled person;

(c) Directing establishment of a trust of which the respondent and any individuals legally dependent on the respondent are the beneficiaries;

(d) Directing the provision of residential services to the respondent in a small, licensed, community-based residential home;

(e) Appointing a limited conservator or conservator; and

(f) Appointing a limited personal guardian or personal guardian.

Section 11. Dispositional Hearing, and Dispositional Principles and Criteria

(1) Following a finding that the respondent is a partially disabled or disabled person, the parties shall have an opportunity within the time limits prescribed in section 27(1)(c) of this act, to present evidence and testimony regarding the types of assistance and protection required, the services available for consideration by the court in making the dispositional decision, and the selection, if any, of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator.

(2) The court shall impose the least restrictive dispositional alternative which will assist the respondent to:

(a) Meet the essential requirements for his or her physical health or safety; and/or

(b) Manage his or her financial resources; and

(c) Develop or regain to the maximum extent possible the skills needed to perform the functions listed in paragraphs (2)(a)-(2)(b) of this section without court-ordered assistance.

Dispositions shall be designed to encourage respondents to participate in all decisions which affect them and to act on their own behalf to the maximum extent possible.

(3) In selecting among the available dispositional alternatives the court shall not:

(a) Order that a non-custodial service be provided unless the respondent's need for that particular service has been proven;

(b) Authorize or ratify a contract or transaction unless the need for authorization or ratification has been proven;

(c) Order the provision of residential services or the establishment of a trust or a guardianship or conservatorship unless the need therefor has been proven and no less restrictive dispositional alternative or combination of alternatives will be sufficient to satisfy that need.

(d) Assign a duty or power to a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator appointed in accordance with paragraph 3(c) of this section, unless the need therefor has been proven and no less restrictive dispositional alternative or combination of alternatives will be sufficient to satisfy that need.

Section 12. Selection of a Limited Personal Guardian, Personal Guardian, Limited Conservator or Conservator

(1) (a) The court may appoint any non-disabled adult to serve as a limited personal guardian or personal guardian, and any non-disabled adult or any corporation with general power to serve as trustee, to serve as a limited conservator or conservator unless that individual or corporation:

(i) Is providing or is responsible for providing some treatment or service other than a guardianship or conservatorship service for the respondent; or

(ii) Has interests which may otherwise conflict with those of the respondent.

(b) Nothing in this provision shall exclude the appointment of the respondent's parent, spouse, child or sibling when the conflict of interest is determined to be insubstantial and such an appointment would clearly be the most beneficial to the respondent.

(2) (a) The following priorities shall guide the court's selection of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator from among those eligible:

(i) The individual or corporation nominated by the respondent;

(ii) The current limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator appointed or recognized by the appropriate court of any other jurisdiction in which the respondent resides;

(iii) The respondent's spouse;

(iv) An adult child of the respondent;

(v) A parent of the respondent;

(vi) An individual or corporation nominated by the will of a deceased parent;

(vii) Any individual with whom the respondent has been living for more than six (6) months prior to the filing of the petition;

(viii) A sibling of the respondent;

(ix) A volunteer public guardian and/or a volunteer public conservator.

(b) The court may select the individual or corporation best qualified and most willing to serve from among those of equal priority. The court may pass over a person or corporation having priority and appoint a person having less

priority or no priority when it is demonstrated that the selection will be of greater benefit to the partially disabled person or disabled person. Appointments of volunteer public guardians and volunteer public conservators shall be in accordance with section 33.

Section 13. Dispositional Order

(1) The dispositional order shall set forth:

(a) The specific terms or conditions of the disposition;

(b) The name and address of the individual, if any, appointed to serve as the limited personal guardian or personal guardian and/or the individual or corporation, if any, appointed to serve as limited conservator or conservator;

(c) The duties and powers of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator, if any; and

(d) The date of the initial review hearing.

(2) The court shall explain on the record the terms and conditions contained in the dispositional order, the facts and reasons which support the decision not to impose any less restrictive alternative, and if a guardianship or conservatorship has been established, the facts and reasons supporting the selection of the individual and/or corporation appointed. The court shall also explain to the respondent the procedures set forth in section 15 for terminating or modifying the dispositional order.

Section 14. Periodic Review

(1) (a) The court shall hold a review hearing following the appointment of a limited personal guardian and/or limited conservator within the time limit prescribed in section 27(1)(d) of this act.

(b) The court shall hold a review hearing following the appointment of a personal guardian and/or conservator within the time limits prescribed in section 27(1)(e) of this act.

(2) At a review hearing the court shall:

(a) Determine why the appointment should not be terminated or why no less restrictive alternative will be sufficient to assist the respondent to meet the essential requirements for his or her physical health or safety and/or manage his or her financial resources;

(b) Approve the payment of compensation and reimbursement of expenses, if any, from the financial resources of the partially disabled or to the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator; and

(c) Resolve any other relevant matters which the parties raise.

(3) In conjunction with a review hearing, the court may order an evaluation of the partially disabled or disabled person.

(4) At the conclusion of a review hearing the court may:

(a) Terminate a guardianship or conservatorship;

(b) Modify any or all duties and powers assigned to a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator;

(c) Discharge and/or appoint individuals to serve as the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator;

(d) Modify the individual guardianship and/or conservatorship plans; and

(e) Continue the current restrictions upon legal capacity and continue the guardianship and/or conservatorship appointments until the next review hearing.

Section 15. Modification and Termination

(1) In addition to the review procedures prescribed under section 14 of this act, a partially disabled or disabled person, the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, and/or conservator of that person, or any other interested individual may apply to the court for:

(a) Termination or modification of the dispositional order;

(b) Approval or disapproval of the compensation or reimbursement for expenses requested by the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator;

(c) Replacement of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator; or

(d) Resolution of a dispute over the individual guardianship plan or individual conservatorship plan.

(2) (a) An application from a partially disabled or disabled person may be communicated to the court by any means, including but not limited to oral communication or informal letter. Upon receipt of such an informal request, the court shall contact the partially disabled or disabled person's attorney of record or appoint new counsel to prepare a formal application.

(b) Applications not filed by a partially disabled or disabled person and formal applications filed pursuant to paragraph (2)(a) of this section shall set forth:

(i) The names and addresses of the individuals and entities entitled to notice;

(ii) The relief requested; and

(iii) The facts and reasons supporting the request.

(3) Any party may object to the relief requested in an application.

(4) (a) The court shall hold a hearing on all applications:

(i) Which are filed pursuant to section 32 of this act;

(ii) Which request imposition of additional restrictions upon the legal capacity of a partially disabled or disabled person to act on his or her own behalf; or

(iii) To which an objection has been filed.

(b) All other applications may be granted or denied without a hearing.

(5) At the request of any party, the court shall order an evaluation of the partially disabled or disabled person identified in the application.

(6) After notice, the court may join the issues raised in separate applications and/or separate objections for determination at a single hearing, unless joinder would be prejudicial to the interests of the partially disabled or disabled person.

(7) The principles, criteria and priorities set forth in sections 11 and 12 of this act and the form and procedures prescribed in section 13 shall apply to dispositional orders issued following submission of an application under this section.

Section 16. Duties and Powers of Limited Personal Guardians and Personal Guardians

(1) It is the general duty of individuals appointed to serve as a limited personal guardian or personal guardian to carry out diligently and in good faith the specific duties and powers assigned by the court. In carrying out these duties and powers, such individuals shall:

(a) Assure that the personal, civil, and human rights of the partially disabled or disabled persons whom they are serving are protected; and

(b) Encourage those persons to:

(i) Participate to the maximum extent of their abilities in all decisions which affect them;

(ii) Act on their own behalf on all matters in which they are able to do so; and

(iii) Develop or regain, to the maximum extent possible, their capacity to meet the essential requirements for their physical health or safety, and/or to manage their financial resources.

(2) Within thirty (30) days of appointment, a limited personal guardian or personal guardian shall submit to the court an individual guardianship plan developed together with the disabilities resources officers, the limited conservator or conservator if any, and, to the maximum extent possible, the partially disabled or disabled person. The plan shall specify:

(a) The services which are necessary to meet the essential requirements for the partially disabled or disabled person's physical health or safety;

(b) The means for obtaining these services;

(c) The manner in which the limited personal guardian or personal guardian, the partially disabled or disabled person, and the limited conservator or conservator, if a corporation or another individual has been appointed to serve in that capacity, will exercise and share decision-making authority; and

(d) Such other items as will assist in fulfilling the needs of the partially disabled or disabled person, the terms of the dispositional order, and the duties of the limited personal guardian or personal guardian.

(3) (a) The court may assign to a limited personal guardian any portion of the duties and powers listed in subparagraphs (4)(a)(ii)-(vi) of this section for those particular areas in which the partially disabled person lacks the capacity to meet the essential requirements for his or her physical health or safety.

(b) A limited personal guardian may also be assigned the duty to assist the partially disabled person in those particular areas in which that person's capacity to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, and/or to protect his or her rights, and/or to obtain necessary services, and/or to fulfill his or her civil duties is impaired, as well as in other ways not specifically prohibited by subsection (5) of this section.

(4) (a) The court shall assign to a personal guardian the duty and/or power to:

(i) Take custody of the disabled person;

(ii) Assure that the disabled person has a place of abode in the least restrictive, most normal setting consistent with the essential requirements for his or her physical health or safety;

(iii) Assure the care and comfort of the disabled person;

(iv) Assure that the disabled person receives the services necessary to meet the essential requirements for that person's physical health and safety and necessary to develop or regain, to the maximum extent possible, the capacity to meet the essential requirements for his or her physical health or safety;

(v) Provide any required consents or approvals on behalf of the disabled person; and

(vi) Expend sums from the financial resources of the disabled person to cover the reasonable costs incurred on behalf of that person subject to the procedures and policies estab-

lished by the limited conservator or conservator, if any.

(b) A personal guardian may also be assigned the duty to assist the disabled person to fulfill that person's civil duties and in other ways not specifically prohibited by subsection (5) of this section.

(5) A limited personal guardian or a personal guardian shall not have the power:

(a) To place a partially disabled or disabled person in a facility or institution to which an individual without a guardian would have to be committed under (citation to the applicable state civil commitment laws), other than through a formal commitment proceeding in which the partially disabled or disabled person has independent counsel and a separate guardian *ad litem;*

(b) To consent on behalf of a partially disabled or disabled person to an abortion, sterilization, psychosurgery, or removal of a bodily organ, except as provided in (citation to Model Personal and Civil Rights Act) or when necessary to preserve the life or prevent serious impairment of the physical health of that person;

(c) To consent on behalf of the partially disabled or disabled person to the withholding of non-heroic life-saving medical procedures;

(d) To consent on behalf of a partially disabled or disabled person to the performance of any experimental biomedical or behavioral procedure or participation in any biomedical or behavioral experiment unless:

(i) It is intended to preserve the life or prevent serious impairment of the physical health of the partially disabled or disabled person; or

(ii) It is intended to assist the partially disabled or disabled person to develop or regain his or her abilities and has been approved for that person by the court;

(e) To prohibit the marriage or divorce of a partially disabled or disabled person; and

(f) To consent on behalf of a partially disabled or disabled person to the termination of that person's parental rights.

(6) (a) A limited personal guardian or personal guardian shall submit a report to the court at least ten (10) days before the initial review hearing and:

(i) Annually thereafter;

(ii) When the court orders additional reports to be filed;

(iii) When there is a significant change in the capacity of the partially disabled or disabled person to meet the essential requirements for his or her physical health or safety;

(iv) When the limited personal guardian or personal guardian resigns or is removed; and

(v) When the guardianship is terminated.

(b) Such reports shall set forth:

(i) The name and address of the partially disabled or disabled person, and of the limited personal guardian or personal guardian;

(ii) Significant changes in the capacity of a partially disabled or disabled person to meet the essential requirements for his or her physical health or safety;

(iii) The services being provided to the partially disabled or disabled person and the relationship of those services to the individual guardianship plan;

(iv) The significant actions taken by the limited personal guardian or personal guardian during the reporting period;

(v) The compensation requested and reasonable and necessary expenses incurred by the limited personal guardian or personal guardian;

(vi) Any significant problems relating to the guardianship which have arisen during the reporting period; and

(vii) The reasons, if any, why the appointment should not be terminated or why no less restrictive alternative will permit the partially disabled or disabled person to meet the essential requirements for his or her physical health or safety.

Attached to the report shall be an accounting of any expenditures made by the limited personal guardian or personal guardian, and an update of the individual guardianship plan developed by the limited personal guardian or personal guardian, the limited conservator or conservator if any, the disabilities resources officer, and to the maximum extent possible, the partially disabled or disabled person.

Section 17. Duties and Powers of Limited Conservators and Conservators

(1) It is the general duty of an individual or corporation appointed to serve as a limited conservator or conservator for a partially disabled or disabled person to carry out, diligently and in good faith, the specific duties and powers assigned by the court. In carrying out these duties and powers such individuals or corporations shall:

(a) Manage or assist in managing those financial resources placed under their supervision and/or control, as would a prudent person manage his or her own financial resources; and

(b) Encourage the disabled or partially disabled persons whom they are serving to:

(i) Participate, to the maximum extent of their abilities, in all decisions which affect them;

(ii) Act on their own behalf on all matters in which they are able to do so; and

(iii) Develop or regain, to the maximum extent possible, their capacity to manage their financial resources and, if impaired, their capacity to meet the essential requirements for their physical health or safety.

(2) (a) Within sixty (60) days of appointment, a limited conservator or conservator shall submit to the court an individual conservatorship plan, developed together with the limited personal guardian or personal guardian if any, and the disabilities resources officer and, to the maximum extent possible, the partially disabled or disabled person. The plan shall specify:

(i) The services which are necessary to manage the financial resources designated by the court in the dispositional order;

(ii) The means through which those services will be provided;

(iii) The manner in which the limited conservator or conservator of the partially disabled or disabled person and the limited personal guardian or personal guardian, if another individual has been appointed to serve in that capacity, will exercise and share their decision-making authority;

(iv) The policies and procedures governing the expenditure of funds; and

(v) Such other items as will assist in the management of the designated financial resources, and in fulfilling the needs of the partially disabled or disabled person, the terms of the dispositional order, and the duties of the limited conservator or conservator.

(b) Attached to the individual conservatorship plan shall be a complete inventory of the designated financial resources. The inventory shall include an oath or affirmation that, to the best of the limited conservator's or conservator's knowledge, it is complete and accurate.

(3) (a) A limited conservator or conservator shall expend or distribute, and/or authorize the expenditure or distribution of, and/or assist in the expenditure or distribution of, the principle of or income from the financial resources placed under his, her, or its supervision and control to assure that:

(i) The essential requirements for the physical health or safety of the partially disabled or disabled person are met;

(ii) The rights of that person are protected;

(iii) The financial resources of that person which are subject to the conservatorship are prudently managed;

(iv) The partially disabled or disabled person has the opportunity to develop or regain the capacity to perform the functions listed in subparagraphs (3)(a)(i)-(iii) of this section; and

(v) The limited personal guardian or personal guardian for that person is able to carry out the duties and powers assigned by the court.

(b) In so doing, the limited conservator or conservator shall consider:

(i) The size of the financial resources under the limited conservator's or conservator's supervision or control;

(ii) The probable duration of the conservatorship;

(iii) The likelihood that the partially disabled or disabled person may be able to manage the financial resources in the future; and

(iv) The accustomed standard of living of the partially disabled or disabled person and the individuals legally dependent on that person.

In addition, limited conservators shall consider the size of the financial resources of a partially disabled or disabled person which have not been placed under their supervision or control.

(c) Funds under this paragraph may be paid by a limited conservator or conservator to any person, including the partially disabled or disabled person.

(4) (a) In addition to the duties and powers prescribed in subsection (3) of this section, the court may assign to a limited conservator any of the duties and powers listed in paragraphs (5)(a) which the partially disabled person lacks the capacity to perform, and/or the power to void particular types of contracts, conveyances or dispositions made by the partially disabled person as long as action is taken to void such contracts, conveyances, and dispositions within fifteen (15) days of the transaction. Such assignments shall specify the financial resources and/or the types of transactions to which they apply.

(b) The court may assign to a limited conservator the duty of assisting a partially disabled person to perform any of the functions listed in paragraph (5)(a) of this section with regard to any financial resource of the partially disabled person.

(c) Upon the death of a partially disabled person, the limited conservator for that person shall have the duties and powers prescribed in paragraph (5)(b) of this section.

(5) (a) In addition to the duties and powers prescribed in subsection (3) of this section, the court shall assign to a conservator the duty and/or power to:

(i) Acquire, collect, hold, deposit, retain, operate, develop, repair, improve, insure, subdivide, exchange, partition, alter, lease, convert or dispose of the financial resources of the disabled person;

(ii) Pay, contest, settle or release claims against the disabled person or the financial resources of the disabled person;

(iii) Pay taxes, assessments, compensation and other reasonable expenses incurred in the management of the financial resources of the disabled person;

(iv) Employ persons to perform, advise, or assist in particular aspects of the management of the financial resources of the disabled person;

(v) Borrow money to be repaid from the financial resources of the disabled person;

(vi) Prosecute or defend actions, claims, or proceedings in any jurisdiction for the protection of the financial resources of the disabled person and of the conservator in the performance of the conservatorship duties;

(vii) Allocate items of income or expense to either principal or income as provided by law, including the creation of reserves out of income for depreciation, obsolescence, amortization, or depletion of mineral or timber resources;

(viii) Vote a security in person, or by general or limited proxy;

(ix) Establish revocable or irrevocable trusts;

(x) Exercise options;

(xi) Exercise or release powers of appointment of which the disabled person is donor;

(xii) Renounce interests and make gifts;

(xiii) Change beneficiaries under insurance and annuity policies; and

(xiv) Enter into contracts and execute and deliver all instruments which will accomplish or facilitate the exercise of the assigned duties and powers.

(b) Upon the death of a disabled person:

(i) The conservator shall deliver to the (name of court having probate jurisdiction) any will of the deceased of which the conservator has possession and/or advise that court of the whereabouts of any other will of which the conservator is aware;

(ii) Inform the [executor/personal representative/administrator] or a named beneficiary of the actions taken; and

(iii) Retain those portions of the estate over which the conservator has control for delivery to a duly appointed [executor/personal representative/administrator] of the deceased or the individuals entitled thereto.

The conservator may seek appointment as [executor/personal representative/administrator] of the estate of the disabled person in the manner prescribed in (citation to relevant sections of the probate code).

(6) (a) A limited conservator or conservator shall not have the authority to exercise or release powers of appointment of which the partially disabled or disabled person is donee, to renounce interests or to make gifts exceeding twenty (20) percent of any year's income from the financial resources placed under the control of the limited conservator or conservator, nor to change beneficiaries under insurance or annuity policies without the approval of the court. No approval shall be granted unless it is demonstrated at a hearing that the proposed action is consistent with subsections (1) and (3) of this section and that the partially disabled or disabled person has consented or is unable to provide an informed, voluntary consent.

(b) Any sale or encumbrance to a limited conservator or conservator, his or her spouse, agent or attorney, or any corporation or trust in which the limited conservator or conservator has a substantial beneficial interest is voidable unless the transaction is approved by the court after a hearing.

(c) Title to all the designated financial resources of a partially disabled person or disabled person shall remain in that person subject to the possession of the limited conservator or conservator and to the control of the court, unless the court orders otherwise. The provision of title to a limited conservator or conservator is not a transfer or alienation within the meaning of general provisions of any federal or state statute or regulation, insurance policy, pension plan, contract, will or trust instrument, imposing restrictions upon or penalities for transfer or alienation by the partially disabled or disabled person of a right or interest. If title is provided to a limited conservator or conservator, the dispositional order shall be evidence of transfer of all designated financial resources. An order terminating a conservatorship or modifying the scope or powers thereof, shall be evidence of transfer of the designated financial resources to the partially disabled or disabled person, the successor of that person, or to a new limited conservator or conservator. A dispositional order and order terminating or modifying a conservatorship shall be [filed/recorded] to give record notice of title in accordance with (citation to state governing the filing/recording of documents to land or other property).

(7) (a) A limited conservator or conservator shall submit a report to the court ten (10) days before the initial review hearing and:

(i) At least annually thereafter;

(ii) When the court orders additional reports to be filed;

(iii) When there is a significant change in the capacity of the partially disabled or disabled person to manage his or her financial resources;

(iv) When the limited conservator or conservator resigns or is removed; and

(v) When the conservatorship is terminated.

(b) Such reports shall set forth:

(i) The name and address of the partially disabled or disabled person and of the limited conservator or conservator;

(ii) Significant changes in the capacity of the partially disabled or disabled person to manage his or her financial resources;

(iii) A complete financial statement of the financial resources under the control and/or supervision of the limited conservator or conservator;

(iv) The services being provided to the partially disabled or disabled person and the relationship of those services to the individual conservatorship plan;

(v) The significant actions taken by the limited conservator or conservator during the reporting period;

(vi) The compensation requested and the reasonable and necessary expenses incurred by the limited conservator or conservator;

(vii) Any significant problems relating to the conservatorship which have arisen during the reporting period; and

(viii) The reasons, if any, why the conservatorship should not be terminated, or why no less restrictive alternative would permit the disabled or partially disabled person to manage his or her financial resources.

Attached to the report shall be an updated individual conservatorship plan developed by the limited conservator or conservator, the limited personal guardian or personal guardian if any, the disabilities resources officer and, to the maximum extent possible, the partially disabled or disabled person.

(c) Following submission of a report or in conjunction with a review hearing held pursuant to section 14 or a proceeding initiated under section 15, a limited conservator or conservator shall submit to a physical check of the financial resources placed under his, her or its control, in the manner specified by the court.

CHAPTER 3 INTERVENTION PROCEEDINGS FOR MINORS

Section 18. Initiation of Intervention Proceedings

(1) (a) An intervention proceeding for a minor may be initiated separately or in conjunction with another proceeding by the filing of a petition with the court by a parent of the minor, the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator for the minor, a person interested in the welfare of the minor, or the director of (the agency required to provide services to children), if there is reason to believe that:

(i) The parents of the minor are dead;

(ii) Their parental rights have been terminated or suspended by order of the court; or

(iii) The minor has or is entitled to financial resources which may be jeopardized because of the minor's age or which cannot otherwise be protected from damage or dissipation.

Intervention proceedings involving minor siblings may be initiated by a single petition.

(b) The petition shall be verified under oath and shall specify:

(i) The names and addresses of the individuals entitled to notice;

(ii) The relief requested; and

(iii) The facts and reasons supporting the requested relief.

(2) (a) A parent of a minor may designate, by will, an individual to serve as limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator upon the testator's death. A designation of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for a minor shall become effective upon the filing of a written acceptance if no objection is filed pursuant to section 19 of this act and if:

(i) Both parents are dead; or

(ii) One parent is dead and the parental rights of the surviving parent have been suspended or terminated in accordance with (citation to the statute(s) on termination of parental rights);

If both parents are dead, an effective appointment by the parent who died later has priority.

(b) The acceptance shall be filed in the court in which the will is probated within the time limit prescribed in section 27(2)(a). It shall include the name, age, and address of the minor and the names and addresses of other individuals entitled to notice, as well as a statement, verified under oath, that the designee understands and is able and willing to undertake the responsibilities, duties and powers of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for a minor.

(c) This state shall recognize a testamentary appointment for which an acceptance has been filed under a will probated in another state which was the testator's domicile.

Section 19. Objections to Testamentary Designations

(1) A minor may file an objection to a testamentary designation before it is accepted or within the time limit prescribed in section 27(2)(b), and propose a person qualified under section 21(4) of this act for appointment as the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator.

(2) An individual interested in the welfare of a minor for whom a testamentary designation has been made, may file an objection to that designation within the time limit prescribed in section 27(2)(b). Such an objection shall specify:

(a) The facts and reasons why:

(i) The individual and/or corporation designated in the will would not be eligible under section 21(4) of this act to serve as limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator of the minor;

(ii) The appointment of that individual and/or corporation would not assure that the duties and powers set forth in section 25 and/or section 26 will be exercised diligently and in good faith; or

(iii) The appointment of another individual and/or corporation would be of greater benefit to the minor;

(b) The name, address, qualifications, and relationship to the minor of the individual proposed for appointment as the limited personal guardian or personal guardian for the minor and/or the individual or corporation proposed for appointment as the limited conservator or conservator for the minor; and

(c) The name, address and interest of the individual filing the objection.

(3) Objections to testamentary appointments shall be filed in the court in which the will is probated.

Section 20. Hearing

Within the time limits prescribed by section 27(2)(c), the court shall hold a hearing to determine:

(1) Whether the parents of a minor are dead, whether they have had their parental rights terminated or suspended by order of the court, or whether the minor has or is entitled to financial resources which may be jeopardized because of the minor's age or which cannot be protected other than through court-ordered assistance or the establishment of a conservatorship; and, if so,

(2) Whether appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for the minor is necessary; and, if so,

(3) Who should be appointed.

Section 21. Dispositional Alternatives

(1) The petition shall be dismissed if it is not proven that the parents of a minor are dead, that they have had their parental rights of custody terminated or suspended by order of the court, or that the minor has or is entitled to financial resouces which may be jeopardized because of the minor's age or which cannot be protected from damage or dissipation other than through court-ordered assistance or the establishment of a conservatorship.

(2) If a will is refused probate, any testamentary designation of a personal guardian or conservator contained therein shall be void.

(3) If it is proven that the parents of a minor are dead, that they have had their parental rights terminated or suspended by order of the court, or that the minor has or is entitled to financial resources which may be jeopardized because of the minor's age or cannot be protected from damage or dissipation other than through court-ordered assistance or the establishment of a conservatorship, the court may order any of the dispositional alternatives described in section 10(2) or any combination thereof which will enable the minor to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, manage his or her financial resources, and develop his or her abilities to the maximum extent possible.

(4) (a) The court may appoint any individual eligible under section 12(1) of this act to serve as limited personal guardian or personal guardian, and any individual or corporation eligible under that section to serve as limited conservator or conservator for a minor. Nothing in this provision or section 12 shall exclude the appointment of an adult sibling or other close relative of the minor when the conflict of interest is determined to be unsubstantial and such an appointment will clearly be the most beneficial to the minor.

(b) The following priorities shall guide the court's selection of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for a minor from among those eligible:

(i) The individual or corporation proposed by the minor;

(ii) The limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator appointed or recognized by the appropriate court of the jurisdiction in which the minor resides;

(iii) The individual who/or corporation which filed an acceptance of a testamentary designation;

(iv) An individual with whom the minor has been living for more than six (6) months prior to the hearing;

(v) An individual with whom the minor has substantial ties;

(vi) An individual or corporation nominated by any individual or corporation included in subparagraphs (4)(b)(ii)-(v) of this section;

(vii) A volunteer public guardian or volunteer public conservator.

The court may select the individual or corporation best qualified and most willing to serve from among those of equal priority. The court may pass over a person or corporation having priority and appoint a person having a lower priority or no priority when it can be demonstrated that the selection will be of greater benefit to the minor. Appointments of volunteer public guardians and volunteer public conservators shall be in accordance with section 33.

(5) The dispositional order shall set forth:

(a) The name and address of the individual, if any, appointed to serve as the limited personal guardian or personal guardian for the minor and/or of the individual or corporation, if any, appointed to serve as the limited conservator or conservator of the minor;

(b) The duties and powers of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for the minor, if any;

(c) The terms and conditions of any other dispositional alternatives ordered by the court;

(d) The facts and reasons supporting the selection of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for the minor; and

(e) The date of the initial review hearing.

The court shall also explain the terms of the order to the minor as well as the procedures for terminating or modifying the dispositional order.

Section 22. Periodic Review

(1) Following appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator for a minor, a review hearing shall be held within the time limit prescribed in section 27(2)(d) to:

(a) Determine whether the duties and powers set forth in sections 25 and/or 26 are being exercised diligently and in good faith;

(b) Determine whether the dispositional order should be modified or terminated;

(c) Approve payment of compensation and reimbursement of expense, if any, from the financial resources of the minor; and

(d) Resolve any other relevant matter which the parties raise.

(2) Following a review hearing the court may issue any of the orders listed in section 14(4) of this act.

Section 23. Modification of Dispositional Orders

(1) In addition to the review procedures prescribed under section 22 of this act, the minor, the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator for the minor, or any other individual interested in the welfare of the minor may apply to the court for:

(a) Modification or termination of the dispositional order;

(b) Replacement of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator;

(c) Approval or disapproval of the compensation or reimbursement for expenses requested by the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator; or

(d) Resolution of a dispute over the individual conservatorship plan.

(2) (a) An application from a minor may be communicated to the court by any means, including but not limited to oral communication or informal letter. Upon receipt of such an informal request the court shall contact the minor's attorney of record or appoint new counsel to prepare a formal application.

(b) Applications filed by individuals other than the minor and formal applications filed pursuant to paragraph (2)(a) of this section shall set forth the name and address of the individuals and entities entitled to notice, the relief requested and the facts and reasons supporting the request.

(3) Any party may object to the relief requested in an application;

(4) (a) The court shall hold a hearing on all applications:

(i) Which are filed pursuant to section 32 of this act;

(ii) Which request termination of the guardianship or conservatorship of the minor;

(iii) Which request a change in custody of the minor; or

(iv) To which an objection has been filed.

(b) All other applications may be granted without a hearing.

(5) After notice, the court may join separate applications and separate objections filed under this section, unless joinder would be prejudicial to the interests of the minor.

(6) The criteria, priorities and procedures set forth in section 21 shall apply to dispositional orders issued following submission of an application under this section.

Section 24. Termination

(1) The guardianship and/or conservatorship of a minor whether established by court order or

Section 19. Objections to Testamentary Designations

(1) A minor may file an objection to a testamentary designation before it is accepted or within the time limit prescribed in section 27(2)(b), and propose a person qualified under section 21(4) of this act for appointment as the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator.

(2) An individual interested in the welfare of a minor for whom a testamentary designation has been made, may file an objection to that designation within the time limit prescribed in section 27(2)(b). Such an objection shall specify:

(a) The facts and reasons why:

(i) The individual and/or corporation designated in the will would not be eligible under section 21(4) of this act to serve as limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator of the minor;

(ii) The appointment of that individual and/or corporation would not assure that the duties and powers set forth in section 25 and/or section 26 will be exercised diligently and in good faith; or

(iii) The appointment of another individual and/or corporation would be of greater benefit to the minor;

(b) The name, address, qualifications, and relationship to the minor of the individual proposed for appointment as the limited personal guardian or personal guardian for the minor and/or the individual or corporation proposed for appointment as the limited conservator or conservator for the minor; and

(c) The name, address and interest of the individual filing the objection.

(3) Objections to testamentary appointments shall be filed in the court in which the will is probated.

Section 20. Hearing

Within the time limits prescribed by section 27(2)(c), the court shall hold a hearing to determine:

(1) Whether the parents of a minor are dead, whether they have had their parental rights terminated or suspended by order of the court, or whether the minor has or is entitled to financial resources which may be jeopardized because of the minor's age or which cannot be protected other than through court-ordered assistance or the establishment of a conservatorship; and, if so,

(2) Whether appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for the minor is necessary; and, if so,

(3) Who should be appointed.

Section 21. Dispositional Alternatives

(1) The petition shall be dismissed if it is not proven that the parents of a minor are dead, that they have had their parental rights of custody terminated or suspended by order of the court, or that the minor has or is entitled to financial resouces which may be jeopardized because of the minor's age or which cannot be protected from damage or dissipation other than through court-ordered assistance or the establishment of a conservatorship.

(2) If a will is refused probate, any testamentary designation of a personal guardian or conservator contained therein shall be void.

(3) If it is proven that the parents of a minor are dead, that they have had their parental rights terminated or suspended by order of the court, or that the minor has or is entitled to financial resources which may be jeopardized because of the minor's age or cannot be protected from damage or dissipation other than through court-ordered assistance or the establishment of a conservatorship, the court may order any of the dispositional alternatives described in section 10(2) or any combination thereof which will enable the minor to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, manage his or her financial resources, and develop his or her abilities to the maximum extent possible.

(4) (a) The court may appoint any individual eligible under section 12(1) of this act to serve as limited personal guardian or personal guardian, and any individual or corporation eligible under that section to serve as limited conservator or conservator for a minor. Nothing in this provision or section 12 shall exclude the appointment of an adult sibling or other close relative of the minor when the conflict of interest is determined to be unsubstantial and such an appointment will clearly be the most beneficial to the minor.

(b) The following priorities shall guide the court's selection of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for a minor from among those eligible:

(i) The individual or corporation proposed by the minor;

(ii) The limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator appointed or recognized by the appropriate court of the jurisdiction in which the minor resides;

(iii) The individual who/or corporation which filed an acceptance of a testamentary designation;

(iv) An individual with whom the minor has been living for more than six (6) months prior to the hearing;

(v) An individual with whom the minor has substantial ties;

(vi) An individual or corporation nominated by any individual or corporation included in subparagraphs (4)(b)(ii)-(v) of this section;

(vii) A volunteer public guardian or volunteer public conservator.

The court may select the individual or corporation best qualified and most willing to serve from among those of equal priority. The court may pass over a person or corporation having priority and appoint a person having a lower priority or no priority when it can be demonstrated that the selection will be of greater benefit to the minor. Appointments of volunteer public guardians and volunteer public conservators shall be in accordance with section 33.

(5) The dispositional order shall set forth:

(a) The name and address of the individual, if any, appointed to serve as the limited personal guardian or personal guardian for the minor and/or of the individual or corporation, if any, appointed to serve as the limited conservator or conservator of the minor;

(b) The duties and powers of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for the minor, if any;

(c) The terms and conditions of any other dispositional alternatives ordered by the court;

(d) The facts and reasons supporting the selection of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for the minor; and

(e) The date of the initial review hearing.

The court shall also explain the terms of the order to the minor as well as the procedures for terminating or modifying the dispositional order.

Section 22. Periodic Review

(1) Following appointment of a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator for a minor, a review hearing shall be held within the time limit prescribed in section 27(2)(d) to:

(a) Determine whether the duties and powers set forth in sections 25 and/or 26 are being exercised diligently and in good faith;

(b) Determine whether the dispositional order should be modified or terminated;

(c) Approve payment of compensation and reimbursement of expense, if any, from the financial resources of the minor; and

(d) Resolve any other relevant matter which the parties raise.

(2) Following a review hearing the court may issue any of the orders listed in section 14(4) of this act.

Section 23. Modification of Dispositional Orders

(1) In addition to the review procedures prescribed under section 22 of this act, the minor, the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator for the minor, or any other individual interested in the welfare of the minor may apply to the court for:

(a) Modification or termination of the dispositional order;

(b) Replacement of the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator;

(c) Approval or disapproval of the compensation or reimbursement for expenses requested by the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator; or

(d) Resolution of a dispute over the individual conservatorship plan.

(2) (a) An application from a minor may be communicated to the court by any means, including but not limited to oral communication or informal letter. Upon receipt of such an informal request the court shall contact the minor's attorney of record or appoint new counsel to prepare a formal application.

(b) Applications filed by individuals other than the minor and formal applications filed pursuant to paragraph (2)(a) of this section shall set forth the name and address of the individuals and entities entitled to notice, the relief requested and the facts and reasons supporting the request.

(3) Any party may object to the relief requested in an application;

(4) (a) The court shall hold a hearing on all applications:

(i) Which are filed pursuant to section 32 of this act;

(ii) Which request termination of the guardianship or conservatorship of the minor;

(iii) Which request a change in custody of the minor; or

(iv) To which an objection has been filed.

(b) All other applications may be granted without a hearing.

(5) After notice, the court may join separate applications and separate objections filed under this section, unless joinder would be prejudicial to the interests of the minor.

(6) The criteria, priorities and procedures set forth in section 21 shall apply to dispositional orders issued following submission of an application under this section.

Section 24. Termination

(1) The guardianship and/or conservatorship of a minor whether established by court order or

testamentary designation, shall terminate upon:

(a) The death of the minor;

(b) The minor's [eighteenth birthday/attaining of majority];

(c) The marriage of the minor;

(d) The adoption of the minor; or

(e) An order of the court.

(2) Within sixty (60) days of a minor's [eighteenth birthday/attaining of majority], an intervention proceeding may be initiated under section 6 of this act if it appears that upon attaining majority, the minor will be a partially disabled or disabled person.

Section 25. Duties and Powers of Limited Personal Guardians and Personal Guardians for Minors

(1) It is the general duty of individuals appointed to serve as a limited personal guardian or personal guardian for a minor to carry out, diligently and in good faith, the specific duties and powers assigned by the court. In carrying out these duties and powers, such individuals shall:

(a) Assure that the personal, civil and human rights of the minors whom they are serving are protected; and

(b) Encourage those minors to:

(i) Participate in all decisions which affect them; and

(ii) Develop their abilities to the maximum extent possible.

(2) (a) A limited personal guardian for a minor may be assigned any portion of the duties and powers listed in paragraphs 3(a)-(g):

(i) In those particular areas in which, or for that period of time during which, the parental rights of the parent of the minor have been suspended; or

(ii) In those particular areas in which a minor, whose parents are dead or have had their parental rights terminated, requires assistance to meet the essential requirements for his or her physical health or safety.

(b) A limited personal guardian may also be assigned the duty to assist the minor in those particular areas in which the minor's ability to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, and/or to protect his or her rights, and/or to obtain necessary services, and/or to fulfill his or her civil duties is impaired, as well as in other ways not specifically prohibited by subsections (4) and (5) of this section.

(3) The specific duties and powers assigned to a personal guardian for a minor by the court shall be those of a parent, whose parental rights have not been terminated or suspended, toward his or her child, including but not limited to:

(a) Taking custody of the minor subject to any limitations and visitation privileges prescribed by the court;

(b) Assuring that the minor receives adequate food, clothing, health and other professional care, shelter, and education;

(c) Assuring through the initiation of court actions and other means that the minor enjoys the personal and civil rights to which he or she is entitled;

(d) Providing any required consents or approvals on behalf of the minor, including consent to the marriage of the minor or enlistment of the minor in the armed services;

(e) Assisting the minor to the maximum extent possible, to learn and assume the duties and responsibilities of a productive, law-abiding citizen;

(f) Receiving money payable for the support of the minor if a separate limited conservator or conservator has not been appointed; and

(g) Expending sums from the financial resources of the minor to cover the reasonable costs incurred on behalf of the minor.

(4) If a separate limited conservator or conservator has been appointed for the minor, then the receipt and expenditure of funds by the limited personal guardian or personal guardian shall be consistent with the duties assigned to and procedures and policies established by the limited conservator or conservator.

(5) A limited personal guardian or personal guardian shall not be:

(a) Obligated to provide for the minor from his or her own funds;

(b) Liable to third persons by reason of the parental-type relationship for acts of the minor;

(c) Empowered to take or consent to any of the actions for limited personal guardians for partially disabled and disabled persons by section 16(5)(a)-(c) and (f).

(6) (a) A limited personal guardian or personal guardian for a minor shall submit a report to the court at least ten (10) days before the initial review hearing and:

(i) Annually thereafter;

(ii) When the court orders additional reports to be filed;

(iii) When the limited personal guardian or personal guardian resigns or is removed; or

(iv) When the guardianship is terminated.

(b) The report shall set forth:

(i) The name and address of the minor, the limited personal guardian or personal guardian, and the individual or facility having custody of the minor;

(ii) Any special services required by and/or being provided to the minor;

(iii) Changes in the residence or custody of the minor within the reporting period and the reason therefor;

(iv) The significant actions taken by the limited personal guardian or personal guardian during the reporting period;

(v) The compensation requested and the reasonable and necessary expenses incurred by the limited personal guardian or personal guardian on behalf of the minor;

(vi) Any significant problems which have arisen during the reporting period;

(vii) Any changes which should be made in the duties and powers of the limited personal guardian or personal guardian; and

(viii) An accounting of the expenditures made and funds received for the minor by the limited personal guardian or personal guardian.

Section 26. Duties and Powers of Limited Conservators and Conservators for Minors

(1) It shall be the responsibility of the limited conservator or a conservator for a minor to perform diligently and in good faith, the specific duties and powers assigned by the court. In carrying out these duties and powers, limited conservators or conservators for minors shall:

(a) Manage the financial resources placed under their supervision and/or control as would a prudent person manage his or her own financial resources; and

(b) Encourage the minors whom they are serving to:

(i) Participate in all decisions which affect them; and

(ii) Develop their abilities to the maximum extent possible.

(2) Within sixty (60) days of appointment, a limited conservator or a conservator for a minor shall submit to the court an individual conservatorship plan developed together with the limited personal guardian or personal guardian if any, and the minor to the maximum extent possible. It shall cover the matters prescribed for individual conservatorship plans for partially disabled or disabled persons by section 17(2) of this act and shall include a complete inventory of the financial resources under the supervision or control of the limited conservator or conservator.

(3) (a) A limited conservator or conservator for a minor shall expend or distribute, and/or authorize the expenditure or distribution of, and/or assist in the expenditure or distribution of income or principal from the financial resources of the minor under his, her or its supervision and control to assure that:

(i) The essential requirements for the physical health or safety of the minor and any dependents of the minor are met;

(ii) The rights of the minor are protected;

(iii) The financial resources of the minor are prudently managed;

(iv) The minor has the opportunity to develop his or her abilities to the maximum extent possible; and

(v) The limited personal guardian or personal guardian, if any, for the minor is able to carry out the duties and powers assigned by the court or set forth in the will.

(b) In so doing, a limited conservator or conservator shall consider:

(i) The requests of the minor and the limited personal guardian or personal guardian for the minor;

(ii) The size of the financial resources of the minor;

(iii) The probable duration of the conservatorship; and

(iv) The accustomed standard of living of the minor and individuals legally dependent on the minor.

In addition, limited conservators shall consider the size of the financial resources of a minor which have not been placed under their supervision and control.

(c) Funds under this subsection may be paid by the limited conservator or conservator to any individual, including the minor.

(d) A limited conservator or conservator shall establish policies and procedures for the expenditure of funds by the minor, or by the limited personal or personal guardian for the minor if a separate individual has been appointed to serve in that capacity.

(4) (a) The court may assign to a limited conservator for a minor any of the duties and powers listed in section 17(5)(a) which the minor is unable to perform. Such assignments shall specify the financial resources to which they apply.

(b) The court may assign to a limited conservator the duty of assisting a minor to perform any of the functions listed in section 17(5)(a) of this act with regard to any financial resources of the minor.

(c) If the minor dies during the conservatorship, the limited conservator shall have the duties and powers prescribed in section 17(5)(b) of this act.

(5) The court shall assign to a conservator for a minor the duties and powers of conservators for partially disabled or disabled persons as set forth in section 17(5) of this act.

(6) The prohibitions which apply to limited

conservators and conservators for partially disabled and disabled persons under section 17(6) of this act shall also apply to limited conservators and conservators appointed to serve minors.

(7) (a) A limited conservator or conservator for a minor shall submit a report to the court at least ten (10) days before the initial review hearing, and:

(i) Annually thereafter;

(ii) When the court orders additional reports to be filed;

(iii) When the limited conservator or conservator resigns or is removed; and

(iv) When the conservatorship is terminated.

(b) The report shall set forth:

(i) The name and address of the minor and the limited conservator or conservator;

(ii) A complete financial statement of the financial resources under the control and/or supervision of the limited conservator or conservator;

(iii) The services being provided to the minor and the relationship of those services to the individual conservatorship plan;

(iv) The significant actions taken by the limited conservator or conservator during the reporting period;

(v) The compensation requested and the reasonable and necessary expenses incurred by the limited conservator or conservator;

(vi) Any significant problems relating to the conservatorship which have arisen during the reporting period; and

(vii) Any changes which should be made in the duties and powers of the limited conservator or conservator.

Attached to the report shall be an updated individual conservatorship plan developed by the limited conservator, conservator, the limited personal guardian or personal guardian if any, and to the maximum extent possible, the minor.

(c) Following submission of a report, or in conjunction with a review hearing pursuant to section 22 or a proceeding initiated under section 23 of this act, a conservator shall submit to a physical check of the financial resources placed under his, her or its control, in the manner specified by the court.

CHAPTER 4 GENERAL PROVISIONS

Section 27. Time Limits

(1) The following time limits shall apply to proceedings initiated under chapter 2 of this act:

(a) An evaluation report shall be submitted pursuant to section 8(3) of this act no more than twenty (20) days after the filing of a petition;

(b) A hearing shall be held pursuant to section 9 of this act no more than thirty-five (35) days after the filing of a petition;

(c) A dispositional hearing shall be held pursuant to section 11(1) of this act no more than ten (10) days after a finding that an individual is a partially disabled or disabled person;

(d) A review hearing shall be held pursuant to section 14(1)(a) no more than one (1) year after appointment of a limited personal guardian and/or limited conservator, and biennially thereafter;

(e) A review hearing shall be held pursuant to section 14(1)(b) no more than six (6) months after appointment of a personal guardian and/or conservator, and annually thereafter;

(f) Hearings required by sections 15(4)(a)(i)-(ii) shall be held no more than thirty (30) days after the application is filed. Hearings required by section 15(4)(a)(iii) shall be held no more than thirty (30) days after the objection is filed.

(2) The following time limits shall apply to proceedings initiated under chapter 3 of this act:

(a) Acceptance of a testamentary designation shall be filed pursuant to section 18(2)(b) no more than thirty (30) days after the will containing the designation has been filed for probate;

(b) An objection to a testamentary designation shall be filed pursuant to section 19 no more than twenty (20) days after service of the notice required by section 29(1)(a);

(c) A hearing shall be held pursuant to section 20 of this act no more than thirty (30) days after the:

(i) Filing of a petition; or

(ii) Filing of an objection to a testamentary designation; or

(iii) No more than fifteen (15) days after expiration of the period for accepting a testamentary designation if a written acceptance has not been filed;

(d) A review hearing shall be held pursuant to section 22 of this act no more than six (6) months after a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator has been appointed for a minor and at least annually thereafter;

(e) Hearings required by sections 23(4)(a)(i)-(iii) shall be held no more than thirty (30) days after the application has been filed Hearings required by section 23(4)(a)(iv) shall be held no

more than thirty (30) days after the objection has been filed.

(3) The informal, *in camera* hearing required by section 31(3), shall be held no more than fifteen (15) days after an objection to a request for appointment of a guardian *ad litem* has been filed.

(4) The following time limits shall apply to proceedings for emergency and standby appointments:

(a) A hearing shall be held pursuant to section 32(1)(c) of this act no more than forty-eight (48) hours after an application for an emergency appointment has been filed;

(b) An application shall be filed pursuant to section 32(3) of this act within ten (10) days after an individual appointed on a standby basis assumes guardianship and conservatorship duties.

(5) A continuance may be granted:

(a) Upon a stipulation by the parties; or

(b) For good cause shown following a written motion, notice to the individuals and entities enumerated in section 29(1)(a) of this act in the form and manner prescribed in sections 29(1)(b) and 29(2) and a hearing if an objection to the continuance is filed.

(6) The court shall set the date for a hearing and have notice served within five (5) days of the filing of the pleading requiring the hearing and/or the notice, except following the filing of an application under section 32(1) in which case the time for the hearing shall be set and notice served within twenty-four (24) hours.

Section 28. Rights and Privileges

(1) (a) In all proceedings under this act the parties shall have a right to:

(i) Prior notice;

(ii) Counsel;

(iii) Be present;

(iv) Compel the attendance of witnesses;

(v) Present evidence and confront and cross-examine witnesses, including the multidisciplinary evaluation team appointed pursuant to section 8 of this act;

(vi) An impartial decision-maker; and

(vii) Appeal adverse orders and judgments in the manner prescribed in (the Rules of Civil Procedure).

(b) In addition to the rights listed in paragraph (1)(a), the subject of an intervention proceeding shall have a right to close proceedings to the public, except that even if a proceeding has been closed to the general public, the court may, for good cause shown, admit persons having a legitimate interest in the proceedings or in the hearing process unless the subject of the intervention proceeding objects.

(c) In addition to the rights listed in paragraph (1)(a) of this section, private individuals who initiate an intervention proceeding and who are unable to obtain counsel for financial reasons, shall have a right to have the [district/county/state] attorney appointed to represent them.

(d) An individual alleged or found to be partially disabled or disabled shall also have a right to:

(i) A jury in hearings held pursuant to section 9 of this act; and

(ii) Have an independent expert appointed by the court at the expense of the [state/county/court] to evaluate him or her if that individual is unable for financial reasons to secure independent medical, psychological or other expert opinion regarding the alleged disability and the need for restrictions on the legal capacity to act in his or her own behalf.

(e) No right accorded in this subsection shall be waivable, except for the right to close proceedings to the public set forth in paragraph (1)(b) of this section and the right to a jury set forth in paragraph (1)(d). Any waiver of the right to a closed proceeding or to a jury shall be in writing or on the record, and shall demonstrate that the individual waiving the right has knowingly and voluntarily waived it after being fully informed of the right and of the consequences of relinquishing it.

(2) An attorney shall be appointed to represent the subject of an intervention proceeding in any matter arising under this act for which independent counsel has not been retained by or on behalf of that individual.

(3) A stenographic and/or mechanical record shall be made of all proceedings held pursuant to this act.

(4) (a) Statements of individuals alleged or found to be a partially disabled or disabled person made during the course of evaluations, examinations and treatment pursuant to this act, shall be privileged, confidential, and not admissible without the individual's consent in any civil or criminal proceedings other than proceedings pursuant to this act.

(b) If the subject of an intervention proceeding is under the influence of psychotropic medication during any judicial hearing held pursuant to this act, the court and the jury, if any, shall be advised of this fact and of the purpose of the medication and the effect which it may have on the individual's actions, demeanor and participation at the hearing.

(c) Any hearing held pursuant to this act may be held at such places as the court directs including the place of residence of the subject of the intervention proceeding.

Section 29. Notice and Dissemination of Plans and Reports

(1) (a) The court shall have notice of any pleadings filed, hearings required or actions taken pursuant to sections 6(1), 7, 9, 11, 14, 15, 17(6), 18, 19, 20, 22, 23, 26(6), 27(5), 31, 32(1) and 32(2) of this act served on:

(i) The parties as defined in section 3(9);

(ii) The attorney of record for each party;

(iii) The individuals most closely related to the subject of the intervention proceeding by blood or marriage unless their names or whereabouts are unknown and cannot be reasonably ascertained;

(iv) The individual or facility, if any, having custody of the subject of the intervention proceeding;

(v) The individual(s), if any, appointed or proposed for appointment or testamentarily designated as limited personal guardian or personal guardian;

(vi) The individual(s) and/or corporation(s), if any, appointed or proposed for appointment, or testamentarily designated as limited conservator or conservator;

(vii) The individual(s), if any, appointed or proposed for appointment as guardian *ad litem;*

(viii) The [executor/personal representative/administrator] of the estate of the testator following a testamentary designation;

(ix) The Administrator of Veterans' Affairs if the financial resources of the subject of the intervention proceeding include a benefit, compensation, pension or insurance payable by the Veterans' Administration; and

(x) The surety on the bond for the limited conservator or conservator, if any.

(b) Notices shall set forth the:

(i) Rights of the parties;

(ii) The procedures and time limits for exercising those rights in the particular proceeding to which the notice refers; and

(iii) The date, time, place, purpose and possible consequences of the hearing, if any, to which the notice refers.

(2) (a) Attached to any notice served in conjunction with this act shall be a copy of the pleading which gave rise to the notice.

(b) Personal service shall be made on each of the individuals or entities receiving notice in the manner prescribed by (citation to the relevant Rules of Civil Procedure).

(c) The contents of all documents served shall be explained, to the maximum extent possible, to the subject of the intervention proceeding in the language, mode of communication, and terms which that individual is most likely to understand.

(3) (a) The court shall send evaluation reports submitted pursuant to section 8 of this act to the attorney of record for each of the parties and directly to any party who is not represented by counsel.

(b) The court shall send plans and reports submitted pursuant to sections 16(2), 16(6), 17(2), 17(7), 25(6), 26(2) and 26(7) of this act to:

(i) The partially disabled or disabled person or minor;

(ii) The attorney of record for the partially disabled or disabled person or minor;

(iii) The (name of the state Developmental Disabilities Advocacy Office) if the partially disabled or disabled person has a developmental disability; and

(iv) The individuals and entities specified in subparagraphs (1)(a)(iii)-(vii) and (ix) of this section.

(c) The contents of all plans and reports shall be explained to the subject of the intervention proceeding in the language, mode of communication and terms which that individual is most likely to understand. Portions of reports which are likely to cause severe psychological or physical harm to the subject of the intervention proceeding may be disclosed to that individual through a psychiatrist, psychologist or other appropriate professional.

Section 30. Duties and Compensation of Counsel

(1) The principal duty of an attorney representing the subject of an intervention proceeding is to represent zealously that individual's legitimate interests.

(2) To the maximum extent possible, the subject of the intervention proceeding shall remain responsible for determining his or her interests. However, an attorney may seek appointment of a separate guardian *ad litem* when the circumstances set forth in section 31 of this act apply.

(3) Attorneys appointed to represent the subjects of intervention proceedings shall be entitled to reasonable compensation. If the subject of the intervention proceeding is unable for financial reasons to pay such compensation in whole or in part, the court shall award the appointed attorney an amount representing reasonable compensation for the services performed, or shall appoint the [public defender or legal services office] to represent the individual.

Section 31. Procedures and Criteria for Appointment of a Guardian *ad Litem;* Duties and Powers

(1) (a) The subject of an intervention proceed-

ing, the attorney for that individual, the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator, if any, for that individual, and/or anyone interested in the welfare of that individual, may file an application to have a guardian *ad litem* appointed.

(b) The application shall set forth:

(i) The name and address of the individuals and entities entitled to notice;

(ii) The facts and reasons supporting the request; and

(iii) The name, address and qualifications of the individual proposed for appointment as guardian *ad litem*.

(2) Any party may file an objection to a request for appointment of a guardian *ad litem* or to the individual proposed for the appointment. Objections by the subject of the intervention proceedings may be communicated to the court by any means, including but not limited to oral communication or informal letter. Objections by other individuals or entities shall be in writing.

(3) The court may grant or deny an application without a hearing unless a timely objection is submitted. If an objection is filed, the court shall hold an informal, *in camera* hearing.

(4) The court shall appoint a guardian *ad litem* to protect the rights of the subjects of intervention proceedings if it is shown that because of youth, or because of impaired ability to receive and evaluate information effectively regarding the proceeding, or because of impaired ability to communicate decisions regarding the proceeding, they cannot determine their own interests without assistance, and either:

(a) No limited personal guardian or personal guardian has been appointed;

(b) The interests of the subject of the intervention proceeding and those of his or her parent, limited personal guardian or personal guardian conflict; or

(c) The appointment is otherwise required in the interests of justice.

(5) The eligibility requirements and priorities set forth in section 12 for selection of a limited personal guardian or personal guardian shall apply to the selection of a guardian *ad litem*.

(6) Guardians *ad litem* shall assist the individuals for whom they have been appointed to determine their interests in regard to the legal proceedings in which they are involved. If an individual is wholly incapable of determining his or her own interests, the guardian *ad litem* shall make that determination and advise counsel accordingly. In so doing, guardians *ad litem* shall:

(a) Inquire thoroughly into all the circumstances that a prudent individual in the position of the person for whom the guardian *ad litem* has been appointed would consider in determining his or her interests in the proceedings; and

(b) Encourage the individual whom they are serving to participate, to the maximum extent of that individual's ability, in all decisions and to act on his or her own behalf on all matters in which he or she is able.

(7) The court should inform guardians *ad litem*, upon appointment, of their duties and powers.

Section 32. Emergency and Standby Appointments

(1) (a) If during the pendency of a proceeding initiated under chapter 2 or 3 of this act, it appears that there is an imminent danger that the physical health or safety of the subject of the intervention proceeding will be seriously impaired or that the financial resources of that individual will be seriously damaged or dissipated unless immediate action is taken, the subject of the intervention proceeding, or any adult interested in the welfare of that individual may apply to the court in which the proceeding is pending for the emergency appointment of a limited personal guardian and/or limited conservator.

(b) The application shall state:

(i) The names and addresses of the individuals and entities entitled to notice;

(ii) The relief requested and the facts and reasons supporting that request; and

(iii) If the pending proceeding was filed under chapter 2 of this act, a statement that the application has been discussed with the disabilities resources officer and that the restrictions, protections, and assistance requested are the least restrictive alternative which will avert the imminent danger to the respondent and/or the respondent's financial resources.

(c) A hearing shall be held within the time limit prescribed in section 27(4)(a) of this act, at which the rights set forth in section 28 shall apply.

(d) If the court determines that there is an imminent danger that the physical health or safety of the subject of the intervention proceeding will be seriously impaired and/or that the financial resources of that individual will be seriously damaged or dissipated unless immediate action is taken, and for matters filed under chapter 2 of this act, if the court determines in addition that there is no less restrictive means of protecting the respondent and/or the respondent's financial resources, it shall appoint a limited guardian and/or limited conservator in the manner prescribed in sections 13 or 21. The court shall assign to an emergency appointee only those duties and powers necessary to protect against the imminent danger shown.

(e) (i) If the application was filed prior to the hearing required by section 9 or section 20, the emergency appointment shall remain in effect until the conclusion of that hearing. However, if at a hearing held pursuant to section 9, the respondent is found to be a partially disabled or disabled person, the court may extend the emergency appointment until the conclusion of the dispositional hearing.

(ii) If the application was filed following a finding that an adult is a partially disabled or disabled person or that a minor meets the criteria set forth in section 21(3), the court shall direct the emergency appointee to file an application in accordance with section 15 or section 23 within five (5) days. The emergency appointment shall remain in effect until the conclusion of the hearing on that application.

(2) If at any time the court has probable cause to believe that a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator is not effectively performing his or her duties and powers, and that there is an imminent danger that the physical health or safety of the partially disabled or disabled person or minor will be seriously impaired or that the financial resources of that individual will be seriously damaged or dissipated unless immediate action is taken, it shall:

(a) Suspend and temporarily replace the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, and/or conservator, with an individual or corporation meeting the qualifications set forth in section 12 or 21(4);

(b) Reassign the duties and powers of the suspended individual or corporation to the emergency appointee; and

(c) Direct the temporary appointee to file an application under section 15 or section 23 of this act within five (5) days if such an application is not already pending, and submit such reports as may be necessary.

(3) The court may designate another eligible individual or entity selected in accordance with section 12 or 21(4) to assume the duties and powers assigned to the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator upon his or her resignation, incapacitation or death. The individual so designated shall submit an application pursuant to section 15 or 23 within the time limits prescribed by section 27(4)(b) of this act. An individual serving on a standby basis may exercise all of the duties and powers assigned to his or her predecessor as a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator, until the conclusion of the hearing on the application, unless otherwise ordered by the court.

Section 33. Appointment of Volunteer Public Guardians, Volunteer Public Conservators, and Volunteer Public Trustees

(1) (a) Pursuant to sections 11 and 12 or section 21 of this act, the court may select a volunteer public guardian or volunteer public conservator from the list published by the Guardianship/Conservatorship Oversight Commission for appointment as the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator for a minor or a partially disabled or disabled person when:

(i) There is no other private individual or entity qualified under section 12(1) or 21(4) of this act who is able and willing to accept the appointment; or

(ii) The cost of a private limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator would substantially impede the minor or the partially disabled or disabled person from meeting the essential requirements for his or her physical health or safety, and/or the management of his or her financial resources, and/or the provision to that individual of any assistance necessary to develop or regain his or her abilities to the maximum extent possible; or

(iii) The primary source of support for the minor, or the partially disabled or disabled person is from public funds; or

(iv) A volunteer public guardian or volunteer public conservator can best assist the minor or the partially disabled or disabled person to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, and/or manage his or her financial resources, and/or develop or regain his or her abilities to the maximum extent possible.

(b) A volunteer public guardian may be assigned the same duties and powers and shall be subject to the same requirements and restrictions as a private limited personal guardian or personal guardian. A volunteer public conservator may be assigned the same duties and powers and shall be subject to the same requirements and restrictions as a private limited conservator or conservator.

(c) A volunteer public guardian may be appointed to serve as the limited personal guardian or personal guardian for no more than two (2) individuals. A volunteer public conservator may be appointed to serve as the limited conservator or conservator for no more than four (4) individuals.

(2) (a) A volunteer public trustee may be selected from the list published by the Guardianship/Conservatorship Oversight Commission for appointment as the trustee or co-trustee of any trust valued at less than $ _____ when there are no private individuals or entities qualified, able and willing to serve as trustee, and either:

(i) At least one beneficiary of that trust has been found to be a partially disabled or disabled person, or is a minor for whom a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator has been appointed; or

(ii) The creation of the trust would obviate the necessity of appointing or continuing the appointment of a limited conservator or conservator.

(b) No volunteer public trustee may serve as a trustee or co-trustee of a trust when that volunteer public trustee has interests which conflict substantially with those of any beneficiary of the trust.

(c) A volunteer public trustee may be assigned the same powers and duties and shall be subject to the same restrictions as private trustees pursuant to (citation to the relevant section of the state code).

Section 34. Effect of a Finding That a Person Is Partially Disabled or Disabled and the Effect of a Guardianship or Conservatorship for a Minor

(1) A finding under this act that an individual is a partially disabled or disabled person shall not constitute a finding of legal incompetence. An individual found to be partially disabled or disabled shall retain all legal rights and abilities other than those expressly limited or curtailed in the dispositional order or subsequent order of the court.

(2) A minor for whom a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator has been appointed shall be entitled to the same rights and privileges as a minor whose parents have not died or have not had their parental rights terminated or suspended, or who does not have or is not entitled to financial resources which may be jeopardized because of the minor's age.

Section 35. Compensation and Expenses

(1) Limited personal guardians, personal guardians, limited conservators and conservators, including volunteer public guardians and volunteer public conservators are entitled to reasonable compensation for services rendered and to reimbursements for reasonable and necessary expenses incurred in the performance of their assigned guardianship and/or conservatorship duties and powers.

(2) Such compensation and reimbursements shall be paid from the financial resources of the partially disabled or disabled person or the minor unless:

(a) A volunteer public guardian and/or volunteer public conservator has been appointed in accordance with section 33(1) of this act; and

(b) Either:

(i) Payment of compensation and reimbursements would substantially impede the minor, partially disabled person, or disabled person from meeting the essential requirements for his or her physical health or safety, managing of his or her financial resources, and/or developing or regaining his or her abilities to the maximum extent possible; or

(ii) The primary source of support for the minor, partially disabled person, or disabled person is from public funds.

(3) Volunteer public trustees who have been appointed to serve as a trustee or co-trustee of a trust in accordance with section 33(2) of this act, are entitled to reasonable compensation for services rendered and to reimbursements for reasonable and necessary expenses incurred in the performance of their trusteeship duties. Such compensation and reimbursements shall be paid from the corpus or income of the trust except when:

(a) The corpus of the trust is less than $____; or

(b) Payment of such compensation and reimbursements would prevent the trust from providing funds to any beneficiary, funds which will be sufficient, when added to the other income of that beneficiary, to permit him or her to meet the essential requirements for his or her physical health or safety, and/or manage his or her financial resources, and/or develop or regain his or her abilities to the maximum extent possible.

(4) The state shall compensate and reimburse:

(a) A volunteer public guardian or volunteer public conservator not entitled under subsection (2) of this section to compensation and reimbursement from the financial resources of the partially disabled or disabled person or the minor; and

(b) A volunteer public trustee not entitled under subsection (3) of this section to compensation and reimbursement from the corpus or income of the trust.

(5) All compensation and reimbursements shall be approved by the court prior to payment.

Section 36. Records

(1) Identifiable information shall not be collected in conjunction with any proceeding under this act unless that information is essential to:

(a) Providing necessary services;

(b) Determining whether an individual is a partially disabled or disabled person or whether a guardianship or conservatorship for a minor should be or has been established;

(c) Issuing, reviewing, modifying or terminating a dispositional order;

(d) Administering, monitoring, and evaluating the court and services provided to partially disabled or disabled persons and minors;

(e) Monitoring and evaluating the guardianship or conservatorship of a partially disabled or disabled person or a minor; or

(f) Conducting an authorized research, evaluation or statistical study.

(2) Information identifiable to an individual alleged or found to be partially disabled or disabled collected under subsection (1) of this section shall not be retained in retrievable form unless it is accurate; protected from unauthorized access, disclosure and dissemination; physically secure; and essential to accomplishing one of the purposes specified in subsection (1).

(3) Identifiable information retained pursuant to subsection (2) in conjunction with a proceeding initiated under chapter 2, shall not constitute a public record. Access to and disclosure of such records shall be strictly controlled.

(4) The subject of any record retained under subsection (2) of this section shall be entitled to inspect and copy that record, request correction, clarification or deletion of any portion of that record which he or she believes is inaccurate, misleading or retained improperly, and to submit for inclusion in that record, a statement concerning any disputed information.

(5) (a) Following the dismissal or withdrawal of a petition filed under section 6 of this act or the termination of a dispositional order, the subject of any record retained under subsection (2) in conjunction with the petition or order may file an application to have any identifiable, non-privileged information pertaining to the proceeding destroyed.

(b) At any time, the subject of a record retained pursuant to subsection (2) in conjunction with a proceeding initiated under chapter 3 of this act, may file an application to limit access to any identifiable, non-privileged information contained in that record which is likely to harm or stigmatize the individual.

(c) Copies of an order to destroy or limit access to a record issued pursuant to paragraphs (5)(a) and (5)(b) of this section shall be sent to all courts, agencies and individuals which may have that record or have copies of or identifiable notations regarding that record. Courts, agencies and individuals receiving a copy of such an order shall promptly dispose of all copies of the record or the portion or notations thereof which they possess in the manner specified unless the information was obtained for authorized research, evaluation or statistical purposes.

(d) The subject of a record shall be entitled to receive a copy of that record, upon request, prior to its destruction or sealing.

Section 37. Bonds

(1) The court may require a limited conservator or conservator to have a surety satisfactory to the court furnish a bond conditioned upon the faithful discharge of all duties and powers assigned in the dispositional order or any modification thereof. The court in lieu of sureties on a bond, may accept other security for the performance of the bond, including a pledge of securities or a mortgage of land.

(2) The following requirements and provisions shall apply to any bond required under this section:

(a) Unless otherwise provided by the terms of the approved bond, sureties are jointly and severally liable with the limited conservator or conservator and with each other;

(b) By executing an approved bond on a limited conservator or conservator, the surety consents to the jurisdiction of the court in any proceeding pertaining to the fiduciary duties of the limited conservator or conservator and the naming of the surety as a party defendent;

(c) On petition of a successor limited conservator or conservator or any interested person, a proceeding may be initiated against a surety for breach of the obligation of the bond of the limited conservator or conservator;

(d) The bond on the limited conservator or conservator is not void after the first recovery but may be proceeded against at subsequent times until the whole penalty is exhausted.

(3) No proceeding may be commenced against the surety on any matter as to which an action or proceeding against the primary obligor is barred by adjudication or limitation.

Section 38. Liability of a Limited Personal Guardian, Personal Guardian, Limited Conservator or Conservator to Third Parties and Penalties for Violations of the Act.

(1) By accepting appointment or designation as a limited personal guardian, personal guardian, limited conservator, or conservator, an individual or corporation submits personally to the jurisdiction of the court in any proceeding relating to the guardianship or conservatorship which may be instituted.

(2) (a) Unless otherwise provided in the contract, limited conservators and conservators shall not be individually liable on a contract properly entered into in their fiduciary capacity in the course of managing the financial resources of a partially disabled or disabled person or a minor, unless they fail to reveal their representative capacity and fail to identify the partially dis-

abled or disabled person or the minor in the contract.

(b) Limited conservators and conservators shall be individually liable for obligations arising from ownership or control of financial resources of a partially disabled or disabled person or a minor or for torts committed in the course of administration of such financial resources only if they are personally at fault.

(c) Claims based on contracts entered into by limited conservators or conservators in their fiduciary capacity, on obligations arising from ownership or control of the financial resources of partially disabled or disabled persons or minors, or on torts committed in the course of managing the financial resources of partially disabled or disabled persons or minors may be asserted by proceeding against the limited conservators and conservators in their fiduciary capacity, whether or not they are individually liable therefor.

(d) Any question of liability between the financial resources of partially disabled or disabled persons or minors and the limited conservators or conservators individually, may be determined in a proceeding for accounting, surcharge, or indemnification, or other appropriate proceeding or action.

(3) Any limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator who willfully violates the duties or misuses the powers assigned by court and thereby causes harm to the subject of the guardianship or conservatorship or to the financial resources of that individual shall be subject to a fine of up to $10,000 for each such violation of duty or misuse of power, in addition to any civil liability to which the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator or conservator may be subject.

(4) (a) Any individual who willfully discloses identifiable information or who willfully gains access to identifiable information in violation of section 36 of this act or who willfully violates an order issued pursuant to section 36(5)(c) shall be subject to a fine of up to $5,000 for each violation.

(b) The subject of identifiable information which has not been destroyed or sealed in accordance with section 36(5) of this act, may initiate a civil action for damages or to restrain further dissemination.

Section 39. Venue of Proceedings Subsequent to a Dispositional Order or an Uncontested Acceptance of a Testamentary Appointment

The court where the subject of an intervention proceeding resides following issuance of a dispositional order or an uncontested acceptance of a testamentary designation, has concurrent jurisdiction with the court which issued the order or in which the acceptance was filed, over proceedings held pursuant to 15, 23, 31 and 36 of this act and other proceedings related to the imposition of restrictions on the capacity of a person to act in his or her own behalf. Venue shall be in the jurisdiction which is the most convenient for and best serves the interests of the subject of the intervention proceeding. The court which issued the dispositional order or in which acceptance of a testamentary designation is filed shall be sent a copy of any order resulting from a subsequent proceeding in another jurisdiction.

Section 40. Burden of Proof

(1) In proceedings initiated under chapter 2 of this act:

(a) Proof beyond a reasonable doubt shall be required in order for the court to find that an individual is a partially disabled or disabled person and to impose or continue restrictions on that individual's legal capacity to act on his or her own behalf. Any other determination, except as specified in subparagraph (b)(i) of this section, may be made or action taken by the court on the basis of clear and convincing evidence.

(b) Both the burden of going forward and the burden of persuasion shall be on the party filing the petition, application, or motion except:

(i) A motion to dismiss filed pursuant to section 7 of this act shall be granted unless the petitioner proves there is probable cause to believe that the respondent is a partially disabled or disabled person;

(ii) A restriction on the legal capacity of the partially disabled or disabled person shall not be continued or added at a review hearing held pursuant to section 14 of this act unless the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator proves beyond a reasonable doubt that the restriction is needed to achieve the purposes set forth in section 11(2) and that no less restrictive alternative will satisfy that need; and

(iii) The burden of persuasion shall shift to the party or parties opposing an application filed pursuant to section 15 by a partially disabled or disabled person, if that person presents testimony and/or evidence constituting a *prima facie* case supporting the requested relief.

(2) In proceedings initiated under chapter 3 of this act:

(a) A preponderance of the evidence shall be required in order for the court to make any determination or take any action.

(b) Both the burden of going forward and the burden of persuasion shall be on the party filing the petition, application, motion, or objection to a testamentary designation, except that the burden of persuasion shall shift to the party or parties

opposing an objection to a testamentary designation filed by a minor pursuant to section 19(1) of this act or an application filed by a minor pursuant to section 23 of this act if the minor presents testimony and/or evidence constituting a *prima facie* case supporting the objection or application.

(3) In proceedings held pursuant to sections 31(3) and 32(1)(c), the burden of persuasion shall be by a preponderance of the evidence. Both the burden of going forward and the burden of persuasion shall be on the applicant.

Section 41. Rules of Evidence/Rules of Procedure

Except where specified otherwise, the rules of evidence and rules of procedure, including those on discovery, which are applicable in civil matters shall govern all proceedings under this act.

Section 42. Effect on Existing Guardianships and Conservatorships

(1) All guardianships and conservatorships established for partially disabled and disabled persons prior to the effective date of this act shall be reviewed by the court pursuant to section 14 within two (2) years. Until the review hearing, all limited personal guardians, personal guardians, limited conservators and conservators appointed prior to the effective date shall retain the powers assigned to them, unless an application has been granted under section 15. Prior to the review hearing, the limited personal guardian, personal guardian, limited conservator and/or conservator shall submit at least one (1) report in the form prescribed in sections 16(6) and/or 17(7), and an individual guardianship and/or conservatorship plan developed in the manner set forth in sections 16(2) and/or 17(2).

(2) All limited personal guardians, personal guardians, limited conservators and/or conservators for minors appointed by court order or beginning their service following a testamentary appointment prior to the effective date of this act, shall retain the powers assigned to them by the court or by will unless an application has been granted under section 23 of this act, or one of the events specified in section 24 occurs terminating the guardianship or conservatorship. All such limited personal guardians and personal guardians shall submit a report in the form prescribed in section 25(6) no more than one year after the effective date of this act and annually thereafter for the duration of the guardianship. All such limited conservators and conservators shall submit an individual conservatorship plan in the form specified in section 26(2) and a report in the form specified in section 26(7) no more than one year after the effective date of this act and at least annually thereafter for the duration of the conservatorship.

Section 43. Authorization of Appropriations

To carry out the purposes of this act, there is authorized to be appropriated $_____ for the fiscal year ending_____, $_____ for the fiscal year ending_____, and $_____ for the fiscal year ending_____.

Section 44. Severability of Sections

If any section, subsection, paragraph, sentence, or any other part of this act is adjudged unconstitutional or invalid, such judgment shall not affect, impair or invalidate the remainder of this act, but shall be confined to the section, subsection, paragraph, sentence or other part of this act directly involved in the controversy in which that judgment was rendered.

Section 45. Effective Date

This act takes effect _____.

ANNEXE E

Action No. CCCM :

IN THE COUNTY COURT OF THE COUNTY OF LANARK

In The Matter of JUSTIN CLARK, of the Rideau Regional Centre, in the Town of Smiths Falls, in the County of Lanark

And In The Matter of The Mental Incompetency Act, R.S.O. 1980. Chapter 264

BETWEEN:

RONALD CLARK

Applicant

- and -

JUSTIN CLARK

Respondent

JUDGMENT WITH REASONS

The sole issue at this stage of hearing is whether Justin Clark is, or is not a mental incompetent as alleged by his father, Ronald H. Clark.

The Mental Incompetency Act of Ontario provides the following definition:

"mentally incompetent person" means a person

(1) in whom there is such a condition of arrested or incomplete development of mind, whether arising from inherent causes or induced by disease or injury ---

that he requires care, supervision and control for his protection and the protection of his property."

I underline the words "such" and "requires" as they appear to be the only words affording the court any possible area of discretion. Either Justin Clark is competent or he is incompetent. There is no middle ground which might envisage a limited guardianship.

Section 7 of the Act provides that upon an originating motion the court may declare a person to be mentally incompetent if satisfied beyond a reasonable doubt. The evidence at that stage is by affidavit. At that early stage I was not so satisfied and directed a trial of the issue. The hearing just concluded has been conducted under Section 8 of the Act. I cannot agree with Mr. Baker's submission that the burden of proof required of the proponent, Mr. Ronald Clark, remains that high level of proof "beyond a reasonable doubt." While the effect of a finding of mental incompetence against Justin Clark no doubt imposes upon him some measure of restrict: this is a civil and not a criminal court, and the guiding principle of the whole jurisdiction is what is most for the benefit of the unhappy subject of the application. (See In re John McLaughlin [1905 A.C. 343 at p.347. To succeed, Ronald Clark must prove upon a balance of probabilities that Justin Clark is a mental incompetent.

Nor do I find merit in Mr. Baker's suggestion that sections of the Mental Incompetency Act be struck down as contrary to the Legal Right guaranteed in either Section 7 or Section 9 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, namely:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice, and

9. Everyone has the right not to be arbitrarily detained or imprisoned.

It appears to be now established that the effect of Section 7 is procedural and not substantive in that it may be used to impugn the form of an infringement of the guaranteed rights but not the substance thereof. This is the conclusion

reached by Durand J. on September 24, 1982 in Superior Court of the District of Montreal in the case of Jamieson v. Attorney General for Quebec and Attorney General for Canada.

The Mental Incompetency Act is designed to protect those persons who by reason of arrested or incomplete development of mind need protection. Its purpose is not to detain needlessly or to imprison.

It is to be noted that this is a trial confined to the single issue of Justin Clark's alleged mental incapacity. It does not address the question of his physical limitations. Cotton, L.J., In re Barber 39 Ch.D. 187 at 188 declared in the year 1888:

"In my opinion we ought not upon the evidence before us, to come to the conclusion that this gentleman is unable to act from infirmity of mind. He may be incapacitated from acting, but his incapacity does not appear to arise from infirmity of mind."

A similar and recent distinction is to be found In the Matter of Gail Marie GRANDY, alleged to be a mentally retarded person decided by the Court of Appeals of Oregon on February 3, 1981 (Or.App., 623 p.2d 666)

"The evidence indicates she is unable to care for herself because of physical deficiencies, not intellectual ones."

We turn then to the facts which are undisputed. Matthew Justin Clark was born on September 21, 1962, he was cyanosed at birth necessitating rescuscitation, he had a convulsion three days after birth, development was abnormal and cerebral palsy, hydrocephalus and mental retardation was diagnosed by the Hospital for Sick Children, Toronto. Justin was admitted by his parents to the Rideau Regional Centre on October 22, 1964 and on admission was diagnosed as severely retarded and suffering from cerebral palsy. He has been provided with

complete nursing and medical care to this date. He suffers from athetoid cerebral palsy to such a severe degree that he is extremely disabled. He is confined to bed and a wheelchair, he cannot speak. The mobility of his upper body is a little better but the muscle coordination is impaired to such a degree that purposeful movements are very limited. His muscles are quite rigid and coordination of all movements is poor. Justin suffered from epileptic seizures during childhood but has not had any seizures for several years. Treatment with drugs has not improved Justin's mobility because the muscle rigidity appears to be too severe to be overcome by medication.

Hospital records (Exhibit 15) disclose that Justin was given psychological examination on February 2, 1965 by C. A. Rubino who stated --

"He is a boy w ho has no meaningful speech but he seems to comprehend very simple questions and attends selectively to his external environment." He obtained a basal mental age of six months and a potential intellectual level prognosis of "possibly mid-imbecile level."

Carol Ann McLaughlan is a highly qualified instructor in the Bliss communication system known as Blissymbols (See Exhibit 25 attached). She was employed at Rideau Regional Centre and introduced to Justin on September 9, 1974 and he became her first symbol user. When Blissymbols first came to the hospital in 1974 some fourteen of the brightest children were selected and this included Justin Clark. She describes his progress: "He taught me -- a lot more than I ever taught him initially and that continued over the years that we worked together. He was like a sponge.. His progress in terms of cognitive development, his development in terms of perceptions of things was really quite amazing. ---He had many, many, many questions that obviously had been stored up for a lot of years.

One of the main topics of conversation at that time was his family and there were questions like 'how many brothers and sisters do I have, what are their names, where do they live, how old are they.' He had a lot of questions about what went on outside of Rideau Regional, how other people lived. He had a great interest in people's families, how people lived together and related to one another and the positions of rooms in the house, those kinds of day to day things that we take for granted but were virtually unknown to him. We almost have the picture of a little extra-terrestrial being.

The Ministry of Education School report filed by his teacher Mrs. L. Gillespie on April 28, 1975 (Exhibit 15) reports his progress:

"Justin is a most cheerful and attentive pupil. He participates in and contributes to all discussions in school--- With his symbol he is able to ask questions and construct quite complex sentences. Justin is a very bright boy who is very receptive to all new material..."

The Bliss Therapy Progress Note of April 15, 1975, (Exhibit 15) includes this encouraging comment:

" Justin's pointing ability was limited at the beginning but it has improved considerably and he functions well without any type of mechanical aid.--- Justin is so enthused with his board that he asks other staff what symbols mean and can use sentences now. He converses with anyone that will take the time and his favourite symbol seems to be 'why'."

Now to move forward some five years, Miss Felicity Khan, a medical social worker of wide experience overseas and at the Rideau Regional Centre was assigned in October, 1980 to prepare an individual program plan for Justin. The purpose was to develop with Justin and an interdesciplinary hospital team some long term objectives. She states:

"I found him a very quiet gentle person who related easily I thought he was quite a bright young man and a mature young

man with a great deal of insight. He said he wanted to leave Rideau Regional Centre and he asked if he could go to Hamilton for three weeks. -- There is a participation house at Hamilton and several of his friends from the ward where he resided had gone to Hamilton for three weeks for a pre-placement visit -- to see how they liked Hamilton. It gave participation house an idea of how suitable the client would be for that kind of situation and it gave us -- some indication of how ready the client was. --- Justin moved to the adult ward in 1978 so he would know that several of the residents had gone there and he also wanted to go. -- He had been identified as a suitable candidate for the community. Away back in '75 at the review conference he had been recommended as a prime candidate for the community (which means outside Rideau Centre) and possibly an approved home --- When participation house opened it was felt this was an ideal resource --- participation houses in general -- Participation houses are only for adults."

This review conference concerning Justin's long term future, chaired by Miss Khan, was attended by the chief residential counselor and his physiotherapist and a representative from the school. It was suggested that a pre-placement visit be arranged and the possibility of the now eighteen year old giving his own consent be examined. This recommendation was unanimously adopted and an informative letter was sent to Justin's parents. There was no reply.

In due course consent was obtained from a psychiatrist at the Centre and Justin's ward physician, and the young adult, Matthew Justin Clark was sent for a referral to Dr. Sprecko Pregelj, M.D., F.R.C.P.(c), Ph.D. After examination conducted on April 9, 1981 Dr. Pregelj certified that Justin was capable of giving his consent and authorization for the release of information, for community placement, for outings, activities that he would like to be involved in, for treatments etc. In his de bene esse examination (Exhibit 20) Dr. Pregelj

testified that he had found Justin Clark to be quite versatile, quick, maintaining an intelligent conversation through Bliss symbolics, giving appropriate answers and expressing his wishes well.

This, of course, was an immense personal achievement. Justin had come of age and had become a man of some personal responsibility.

Dr. Pregelj placed Justin Clark at the "borderline mild to borderline range of mental retardation" indicating that Justin understood his gastric disorder and what foods did and what foods did not disagree with him. He was a young man who knew what he wanted, could now express his wishes and could ask for help. He knew where he wanted to go and he knew, also, what he was capable of doing.

With his recently gained authority as a responsible adult Justin Clark signed a consent dated June 9, 1981 in the presence of Linda G. Young (Exhibit 18)

"For Justin to participate in summer trip to L'Arche Homes in Ontario and Quebec from July 12, 1981 - July 19, 1981 with Mr. Normand Pellerin."

The trip was officially approved by the Senior Program director and Justin was advised by the hospital authorities that he could go. Miss Khan explained that there are residents at Rideau Regional who are entitled to give their own consent. At the institution the practice is continued of obtaining parental consent except in those cases where there is no parent or minimal family parental involvement. In such cases adult residents who are deemed appropriate are referred to a psychiatrist for his assessment.

Suddenly Justin Clark was advised that his holiday was cancelled. We are now faced with the issue before us that must be resolved. Justin was very upset, frustrated, confused and angry. Felicity Khan, Robert Curzon his counselor and

Penelope Deering, his social worker gave evidence with respect to Justin's hurt, humiliation and continuing anxiety. This ca in Justin's mind, revolves around his right to make a decision, about the friends he chooses to have, where he wishes to live and how he chooses to lead his life.

Dr. Pregelj has emphasized the need in Justin's life for a progression and spoke of the devastating psychiatric effect that would flow from a finding that he was stupid. The result, he predicts, would be surface despair, depression and a loss of the abilities that he can now exhibit. "He is incompetent for athletics; he is incompetent for toilet independency -- but he is not incompetent to understand."

The Applicant Ronald H. Clark seeks to prove his case through the testimony of a pediatrician, a psychiatrist, a psychologist and a psycholinguist. All persons called qualify in one respect or another as experts and each opinion must be examined. Where there are marked differences of view the court is compelled to prefer one expert opinion to another. It is necessary to examine and weigh the facts upon which each such expert opinion is founded.

Dr. Francis Martinak is a graduate in medicine from Charles University in Prague, Czechoslovakia and there qualified as a specialist in pediatrics. He has practised medicine at the Rideau Regional Centre since December, 1970. His opinion (Exhibit 4) is in the main gleaned from hospital records and relates to Justin's physical infirmities. He does however attempt to dispose of the very matter at issue in his conclusi

"In my professional opinion Justin continues to be incompetent to manage his affairs. He is moderately mentally retard and due to his severe physical handicaps he will need permanent medical and nursing care such as is available in Rideau Regional Centre--" In cross examination he acknowledged that Justin was the "star" on the ward with excellent memory for symbols. "Most of the residents are in a very poor mental state."

"Justin got along very well with the staff." Dr. Martinak really did not remember names -"we had very often three or four hundred of them - it's not so easy to be aware of everything a patient does." Though responsible for the medical care of Justin for some two years Dr. Martinak did not appear to remember the boy, nor could he offer any explanation as to why he had been assigned to write an opinion. "I simply was asked by somebody from the administration or so --- it was just somehow out of my work, maybe Doctor Gublow was on holiday: I don't remember. I was told it was a problem if Justin was competent or not. In his Affidavit (Exhibit 4) Dr. Martinak reported that Justin was certified as being incompetent to manage his affairs on November 20, 1967 (then five years, two months). When asked "All you are telling us is what is on file" he replied "Yes, that is true."

I believe the evidence of Dr. Martinak sheds very little light on the issue to be determined.

A more informed witness for the Applicant was Dr. Bruce D. McCreary, M.D., F.R.C.P. (See Exhibit 6), a consulting psychiatrist, who examined Justin on August 28, 19[illegible] and concluded that "Justin is moderately mentally retarded and has resided at the Rideau Regional Centre since he was two years of age." Elsewhere he states "The most recent testing indicates Justin functions at a developmental level of 7-7 1/2 - 8 years." "Justin is correctly oriented as to time and place." "In my view Justin is not competent to make decisions concerning his living environment. It is my professional opinion that Justin's mental development, physical problems and life experiences, which have been essentially confined to an institutional environment, are such that he should be regarded as incompetent and that an appropriate committee is required to ensure his continuing welfare."

On October 28, 1982 Dr. McCreary returned for a further 3 1/2 hour re-examination of Justin and, I believe, modified somewhat his assessment of August 28, 1981. On this occasion he was accompanied by Maureen Dow a psycholinguist.

Dr. McCreary concluded: "Justin appears as a friendly, warm and endearing young man and the danger that we all face in trying to do our best on his behalf is that we project too much of our perceptions of his mentation and existence into the process. Presumably a committee appointed under the Mental Incompetency Act could be expected to assist a legal adviser in establishing the facts as necessary to adequately represent Justin in any proceeding he might face in the future ---"

I was not tremendously impressed with the testimony of Dr. McCreary who would appear to have based his opinions largely on the Peabody Picture Vocabulary Test. Considering that a young man had only commenced to communicate at thirteen years of age and had lived in the society of seriously retarded patients at Rideau on the multiphasic unit all his life is it reasonable that he should be exposed to vocabulary tests which distinguish serpent from snake, cascade from waterfall or faucet from tap? It would seem to me as reasonable to test Tarzan's intelligence by tests appropriate to the environment of Jane. Nor are tests which depend in large measure upon muscular dexterity appropriate for a person so grossly disabled with cerebral palsy. It seems from the evidence that Dr. McCreary's lengthy examination was a physically painful ordeal for Justin. He was asked many questions tending to establish that "Justin is not competent in handling money and in related activities and that without 'care, supervision and control' in this regard, his property would be at risk." He reports Justin's ability to write and read his own name, to answer

questions generally and to remember exactly the date of his last interview some fourteen months earlier. Dr. McCreary records a number of spelling failures. I felt his approach to the examination to be tendentious and unsympathetic.

Accompanying Dr. McCreary was Miss Maureen Dow, a psycholinguist who has herself taken elementary Bliss. Her report (Exhibit 3) concludes that Justin is not using his Bliss communication system anywhere near its potential, and his productions do not resemble English, or even telegraphic Bliss. She was critical of his skills, he was not spontaneous but answered questions appropriately. I think in her reference to his idio-synchratic ways of using Bliss she fails to take into account the horrendous physical effort required of a cerebral palsy victim and the ever present need to employ muscle saving strategies and shortcuts. Miss McLaughlan volunteered the opinion that Justin was "talking down" to a person considerably less familiar with Bliss than himself or his friends.

Dr. John V. Chiarot, Ph.D., C.Psych, registered psychologist completed the case for the Applicant. He communicated easily with Justin and offers a series of both positive and negative findings. He concludes that Justin has the ability to make decisions regarding simple matters, but is unable to give informed consent regarding complex issues and areas where he lacks direct experience. He recognizes Justin's strong desire to exhibit independent behaviour, and he acknowledges his considerable potential. Dr. Chiarot recommends his transfer to a new residential living area within Rideau Regional Centre where he can be prepared to acquire the necessary skills to survive in a group setting in the community. I am grateful to Dr. Chiarot for not answering the ultimate question which must be left to the court.

On behalf of the Respondent Justin Clark a number of close friends and hospital staff were called, perhaps more partisan and certainly more zealous than the witnesses called by Ronald Clark. They had the incalculable advantage of personal knowledge of Justin and proved to the court that they knew him as a person. The testimony of the experts Dr. Frederic Grunberg, Psychiatrist, Dr. A. C. Bower, Psychologist, and Jane I. Staub of the Ontario Crippled Children's Centre of Toronto (who presented an impressive multi disciplinary conference report of ten team members) were noteworthy for insight, approach and common-sense. Philosophically these three were idealogically committed to what is called the "Normalization Principle" developed in Scandinavia by Nirje and elaborated in America by Wolfensberger. It would seem that a wide variety of social and medical services are currently available in the Ottawa area ready to rush to the aid of Justin should he be permitted to go there.

Justin has proved himself over a long period of years as a model patient. By now he is able to communicate effectively. He is fully aware of his surroundings and knows where he is and where he is going.

I have heard testimony to the effect that very few retarded adults in Ontario have committees and that there is a wide range of support for both retarded and disabled.

Justin has the great gift of friendship. Dr. Chiarot spoke of the danger of the "halo effect" but I see his extraordinary gifts of sincerity, trust and cooperation conjoined with his helplessness as assets in any L'Arche type community, and one such is now operated by Normand Pellerin. Should such a living arrangement not prove satisfactory or should Justin grow homesick he has been assured of a warm welcome back at any time at his old home at Rideau Centre.

Sir William Blackstone in Book the First of Commentaries on the Laws of England stated in 1809 that the principle aim of society is to guard and protect individuals in the proper exercise of their individual rights. Such rights be characterized as absolute. I believe a courageous man such as Justin Clark is entitled to take a risk.

With incredible effort Justin Clark has managed to communicate his passion for freedom as well as his love of family during the course of this trial. We have recognized a gentle, trusting, believing spirit and very much a thinking human being who has his unique part to play in our compassionate interdependent society.

So, in the spirit of that liberty which Learned Hand tells us seeks to understand the minds of other men, and remembers that not even a sparrow falls to earth unheeded, I find and declare Matthew Justin Clark to be mentally competent.

DATED AT PERTH, this 25th day of November, A.D. 1982.

JUDGE

20M A

S U P P L É M E N T

au

Mémoire de la Commission des droits de la personne du Québec sur le Projet de loi no 106: Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes.

Régime juridique applicable au foetus

Dans le Code civil actuel, il n'y a pas de définition normative de la personne humaine. Toutefois, le principe selon lequel l'enfant non encore né est réputé être une personne chaque fois qu'il y va de son intérêt à condition qu'il naisse vivant et viable est reconnu en droit québécois.

En effet, bien que le principe se trouve, dans le Code actuel, au Titre des successions, à l'article 608, les tribunaux ont eu à l'appliquer même en dehors du contexte successoral (1).

Le Code actuel ne reconnaît pas au foetus la personnalité juridique. Il lui reconnaît toutefois des droits à condition qu'il naisse vivant et viable.

Le Projet de loi 107, Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions reprend la règle en droit successoral. En effet, selon l'article 664 du P.L. 107:

> *"Peuvent succéder la personne humaine qui existe au moment de l'ouverture de la succession ainsi que l'absent et l'enfant conçu mais non encore né, s'il naît vivant et viable."*

Il n'y a donc pas de changement par rapport au droit actuel quant au droit successoral.

La Commission constate par ailleurs qu'aucune disposition n'est prévue dans le Projet de loi 106 concernant les problèmes qui peuvent survenir concernant le foetus. L'on songe plus particulièrement à la question de l'avortement, aux problèmes de l'expérimentation sur les foetus, à ceux qui sont engendrés par la fertilisation in vitro, à ceux qui résultent de l'alcoolisme de la mère et qui est dommageable pour le foetus, à ceux qui résultent des pratiques récentes de mère porteuse d'un enfant destiné à des tiers. La Commission est d'avis qu'il s'agit d'une lacune dans le Projet de loi 106.

---

(1) La cause type et la plus célèbre est Montreal Tramway's Co. v. Léveillé (1933) S.C.R. 415

Selon la Commission, le législateur québécois ne devrait pas éluder ces questions importantes mais se mettre à l'oeuvre pour adopter le plus tôt possible un texte législatif, incorporé au Code civil, concernant le régime juridique applicable au foetus (1). La Commission est prête à participer à ces travaux.

En attendant qu'une telle législation soit proposée, il conviendrait de conserver le statu quo au sujet des droits de l'enfant conçu mais non encore né.

L'article 1 du Projet dit:

> *"L'être humain possède la personnalité juridique. Il est sujet de droit depuis sa naissance jusqu'à sa mort."*

En droit civil actuel, l'enfant conçu mais non encore né a des droits à condition qu'il naisse vivant et viable.

La deuxième partie de l'article 1 risque de diminuer les droits existants de l'enfant conçu et non encore né puisque l'être humain ne deviendrait sujet de droit qu'à partir de sa naissance.

RECOMMANDATION

La Commission recommande que le législateur québécois organise, à l'intérieur du Code civil, un régime juridique propre à la condition prénatale.

En attendant que ces règles soient adoptées, elle propose que la deuxième phrase de l'article 1 du Projet de loi 106 soit supprimée.

---

(1) Voir notamment, E. Deleury, "Naissance et mort de la personne humaine ou les confrontations de la médecine et du droit", (1976) 17 C. de D. 265.